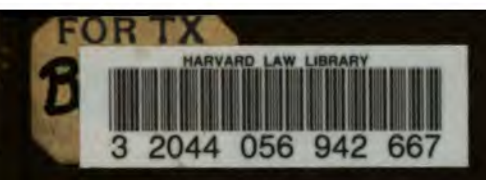


FOR TX
HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 942 667



HD







STUDIEN

IM

ÖSTERREICHISCHEN MARKENRECHT.

AUSSCHLIESSLICHES GEBRAUCHSRECHT.

MARKENDELICT. PROCESSHINDERNDE VORFRAGEN.

VON

DR. JOSEPH LUDWIG BRUNSTEIN

HOF- UND GERICHTS-ADVOKAT IN WIEN.



WIEN 1895.

MANZ'SCHE K. U. K. HOF-VERLAGS- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHANDLUNG

I. KOHLMARKT 20.

Hochachtungsvoll überreicht vom Verfasser.

DRUCK VON FRIEDRICH JASPER IN WIEN.

SEINER EXCELLENZ

HERRN

LEOPOLD RITTER VON CRAMER

DEM UM GERECHTE UND LEBENSVOLLE HANDHABUNG UND AUSGESTALTUNG DES MARKENSCHUTZES

HOCHVERDIENTEN

CHEF DER GENERALPROCURATUR

HOCHACHTUNGSVOLL ZUGEEIGNET.

Inhalts-Verzeichniss.



Vorbemerkung.

Ursprünglich lag es in meiner Absicht eine Abhandlung nur über die partie honteuse des österreichischen Markenrechtes, über die Vorfragen aus § 30 M.-Sch.-G. zu schreiben.

Angeregt war ich dazu durch die in der Praxis der Gerichte gemachte Erfahrung, dass dieser Paragraph zu den schwierigsten Verwicklungen in der Rechtsanwendung führt, und dass es in jedem Markenstrafprocesse die wichtigste Sorge des Praktikers ist, wie er diesem Wespennest aus dem Wege geht.

Zumeist hilft — aber gewiss nicht im Geiste Julians — die bekannte Regel l. 67 D. de R. J. hinweg, »quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est«.

Meine Studie zum § 30 M.-Sch.-G. führte naturgemäss zu einer Vertiefung in den Zusammenhang des Markendelictes mit der den Schutz einer Marke bedingenden Präjudicialfrage: der Frage nach dem ausschliesslichen Gebrauchsrecht an der Marke, dessen Erwerb und Umfang nach allen Richtungen zu beleuchten war. Unwillkürlich gelangte ich auf diesem Wege zu dem Versuch einer systematischen Darstellung des Markenrechtes, die ich der Oeffentlichkeit übergebe, ungeachtet sie nur aus Fragmenten besteht und sich nicht auf das ganze Gebiet des Gesetzes vom 6. Jänner 1890 erstreckt.

Man wird mir die Lücken in einer Darstellung nachsehen, auf welche die Absicht nicht unmittelbar gerichtet war und die nur den einen Endzweck verfolgte: die Klärung eines Straf-

processes, der auf dem System der processhindernden Vorfragen aufgebaut ist.

Uebrigens darf ich der Hoffnung Raum geben, dass Andere diese Lücken ausfüllen werden. Denn die gewiss vorzüglichen neuen Einrichtungen, die das Gesetz vom 6. Jänner 1890 uns brachte: Central-Marken-Register, avis prèalable, strafgerichtliche Verfolgung und Publication der Straferkenntnisse, haben die Antheilnahme weiter Kreise an dem Markenwesen geweckt und werden in der Folge auch auf die Wissenschaft befruchtend einwirken.

Zum Schlusse will ich eine angenehme Pflicht erfüllen, indem ich für einige mir zur Verfügung gestellte werthvolle Materialien, die der äusserst gedrängten historischen Darstellung des österreichischen Markenrechtes in Ansehung der Zeitperiode bis zum Patente der Kaiserin Maria Theresia vom Jahre 1748 (S. 2 dieser Schrift) zu Grunde liegen und die bei anderer Gelegenheit noch eingehender benützt werden sollen, dem verdienten Secretär der Linzer Handels- und Gewerbekammer, Herrn Dr. Zeitlinger, meinen verbindlichsten Dank ausspreche.

Wien, den 14. Februar 1895.

Der Verfasser.

Einleitung.

Das ausschliessliche Gebrauchsrecht an einer Marke bildet die Grundlage ihres Schutzes.

Der Bestand dieses Rechtes ist ein wesentliches Merkmal des Markendelictes (§ 23 M.-Sch.-G.) und eine Voraussetzung der strafrechtlichen Verfolgung desselben (§ 26 ibid.), er kann eine processhindernde Vorfrage sein im Markenstrafprocess (§ 30, Al. 2).

Ausschliessliches Gebrauchsrecht an einer Marke, Markendelict und processhindernde Vorfragen bilden daher die Grundelemente, die sich der Vertreter der Privatklage, der Vertheidiger des Beschuldigten, beziehungsweise Angeklagten und der Richter aneignen müssen, wenn sie die ihnen im Markenstrafprocesse gestellten Aufgaben gedeihlich lösen und mit möglichst einfachen Mitteln zu einem möglichst verlässlichen strafgerichtlichen Urtheile zusammenwirken sollen.

Diese drei Grundbegriffe des Markenrechtes, soweit sie zusammengehören — namentlich für den Praktiker — zu erläutern, ist Aufgabe dieser Schrift.

Zum besseren Verständnisse der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen sei es gestattet, vorerst auf den Zusammenhang derselben mit der älteren Gesetzgebung hinzuweisen und in gedrängter Kürze eine historische Darstellung der Entwicklung unseres einheimischen Markenschutzes zu geben.

Das Markenrecht, eingeschränkt auf wenige Bedarfsartikel, welche, wie beispielsweise Sensen, Sicheln und Strohmesser, sich aus besonderen staatswirthschaftlichen Gründen (insbesondere wegen des ehemaligen staatlichen Eisenregals) einer besonderen Begünstigung der Gesetzgebung erfreuten, entwickelte sich in Oesterreich, wie dies demnächst in einer Studie über den

Markenzwang[1]) näher dargestellt werden wird, auf dem Boden der Markenpflicht.

Die älteste Aufzeichnung, die wir darüber besitzen, ist die Handwerksordnung der Kirchdorf-Micheldorfer Sensengewerks-Genossenschaft vom 15. April 1595, welche schon seit Altersher bestandene Handwerksgewohnheiten beurkundet. Sie wurde nachher durch Kaiserliches Privilegium Rudolf II. vom Jahre 1604 bestätigt.

Der Erzeuger durfte nur eine einzige Marke führen, die ihm von seiner Zunft verliehen wurde, und diese Marke war er seiner Waare aufzuprägen verpflichtet. Der Markenzwang war für solche Artikel nicht nur eine unterstützende Institution des Markenrechtes wie heute, sondern Quelle desselben. Wer zur Führung eines Zeichens verpflichtet war, war auch zu derselben — wie selbstverständlich — berechtigt. Zu diesem Rechte des Gebrauches der obligatorischen Marke gesellte sich alsbald, vorerst innerhalb jeder Zunft, sodann durch Vereinbarungen der Zünfte und Schiedssprüche des Eisenobmannes auch gegen nicht eingezünftete oder einer fremden Zunft angehörende Gewerbsgenossen das Recht des Erzeugers, vom Gebrauche der ihm verliehenen Marke jeden andern Gewerbsgenossen auszuschliessen, und als dann am 31. Mai 1738 bei der Eisenobmannschaft in Steyr die erste Zeichenrolle eingeführt[2]) wurde, hatte diese nur den Zweck, zur leichteren Geltendmachung dieses Ausschliessungsrechtes die Priorität der einzelnen Zeichen festzustellen.

Eine constitutive Bedeutung erhielt das Zeichenbuch zehn Jahre später, indem durch das den Markenzwang aufrechthaltende Eisen- und Proviant-Patent der Kaiserin Maria Theresia vom 5. December 1748 angeordnet wurde, dass die Meister[3])

---

[1]) Jener Abhandlung bleibt eine eingehendere historische Darstellung des älteren Markenrechtes vorbehalten.

[2]) Die ersten Vorarbeiten zur Anlage dieses Zeichenbuches begannen im Jahre 1658.

[3]) »Die Messerer, Feilhauer und andere Werkstatt-Meister« — das Patent kehrt sich aber auch gegen jene verschiedenen »Eisenfabrikanten, Schmiedschaften und Manufacturisten«, welche »ihren Mitmeistern die Zeichen gänzlich nach- oder allzunaheschlagen« und führt auch den Beischlagszwang ein.

ihre berechtigten Zeichen der Behörde anzuzeigen, von dieser Zeichenbriefe zu erhalten und sich in Hinkunft nur der corroborirten Zeichen zu bedienen haben. Zugleich wurde das Verbot der Zeichennachschlagung (Nachmachung oder auch nur Nachahmung) ausdrücklich anerkannt und eine Markenschutzbehörde mit sehr weitreichender Jurisdictionsgewalt geschaffen.

Während nämlich bisher die Eisenobmannschaft in Steyr[4]) — weil die Jurisdiction der Zunft sich nur auf deren eigene Genossen erstrecken konnte — als Behörde in »Eisenproviant- und Handlungssachen« die Gerichtsbarkeit nur vermittelnd und freiwillig ausgeübt hatte, wurde sie von dem obigen Patente ausdrücklich zur Führung des gedachten Zeichenbuches und zur Ueberwachung des Verbotes der Zeichennachschlagung berufen.

Und an diesem nunmehr auf festeren gesetzlichen Boden gestellten Markenschutze für die Eisengewerbe in Ober- und Niederösterreich, sowie Steiermark wurde auch nicht gerüttelt, als Kaiser Josef II. die Zunftprivilegien aufgehoben und eine freiere Gewerbeverfassung eingeführt hatte. Im Gegentheil: mit Patent vom 9. September 1785 wurde die Markennachmachung mit dem Verluste des Meisterrechtes bedroht und diese Bestimmung mit späteren Hofdecreten auch auf Kärnten und Krain ausgedehnt.

Dieses Markenrecht, welches sowohl Gebrauchs- als auch Ausschliessungsbefugnisse, verbunden mit gewissen von den Handwerksordnungen anerkannten und seither unangefochten gebliebenen, in der Rechtsübung durchgesetzten Verfügungsbefugnissen (Vererbung und Veräusserung) zum Inhalte hatte, beschränkte sich, wie schon bemerkt, nur auf wenige Bedarfsartikel und fand seine Ergänzung in der im Jahre 1807 für Mähren und Schlesien erlassenen, mit Hofdecret vom 3. Februar 1820 auf die übrigen Kronländer ausgedehnten Vorschrift, welche

[4]) An die Stelle derselben trat seit 1. November 1781 das dortige Berggericht. Das von Stubenrauch, »Das österr. Marken- und Musterschutzgesetz«, Wien 1859, S. 2, citirte Hofdecret vom 14. Juni 1808, das die Sensenschmiede in Niederösterreich zur Einsendung ihrer Zeichentafeln an die »Landesstelle« verpflichtet, findet sich nicht in der Politischen Gesetzes-Sammlung.

zur Vermeidung der Einschwärzung ausländischen Eisens, das für inländisches ausgegeben wurde, den Verkauf und selbst den Ankauf von Stabeisen, das mit dem berechtigten Werk- oder Hammerzeichen nicht versehen war, mit Geldstrafe bedrohte, bei gleicher Strafe auch die Deponirung des Zeichens bei der Landesstelle anordnete, und endlich in Verordnungen, die im Interesse der gewerbspolizeilichen Controle noch einige andere Bedarfsartikel gleichfalls dem Markenzwange unterwarfen.

Für Handelsartikel, die dem durch die erwähnten speciellen Anordnungen geregelten Markenzwange nicht unterlagen, waren Erzeuger und Händler nicht verpflichtet, eine Marke zu führen; das Recht zur Führung einer Marke konnte weder aus einer Verleihung, noch aus einer Markenpflicht abgeleitet werden, und gar die Auffassung, dass ein figuratives Zeichen, welches ein Producent oder Händler zur Individualisirung seiner producirenden oder commerciellen Thätigkeit und der aus derselben hervorgehenden Producte erwählt, schon deshalb allein, weil er dadurch fortdauernde Beziehungen zu seiner Kundschaft sichert, einen Bestandtheil seines Vermögens im rechtlichen Sinne bilde, war der österreichischen Jurisprudenz und Rechtsprechung — im Gegensatze zur französischen — ob mit Recht oder Unrecht durchaus fremd.

War ein Waarenzeichen, wenn dasselbe auch thatsächlich im Verkehre die Function einer Individualmarke voll bewährte, nicht Gegenstand des Vermögens jenes Unternehmers, der sich des Zeichens bediente, so war dasselbe auch nicht geeignet, einen privatrechtlichen Schutz nach dem 30. Hauptstücke des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, oder einen strafrechtlichen Schutz, sofern man nicht in einzelnen concreten Fällen den Consumenten als betrüglich Beschädigten auffasste und indirecte Abhilfe gewährte, zu finden. Auch eine persönliche Rechtskränkung, einen an der Person zugefügten Nachtheil (§ 1293 a. b. G.-B.) glaubte man in der Usurpirung eines fremden Waarenzeichens nicht zu erblicken.

Sehen wir also von speciellen für einzelne Industriezweige erlassenen Vorschriften ab, so hatte bis zum 1. Jänner 1859 in Oesterreich kein Producent oder Händler das Recht, vom Gebrauche einer Marke, welche er zur Bezeichnung seiner

Waare angewendet hat, Andere auszuschliessen und das mit Prohibitivbefugnissen nicht verbundene Recht zum Gebrauche einer solchen Marke war kein erwerbliches Recht nach der Terminologie des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (§ 18). Es war ein angeborenes Recht (§ 16), ein jus merae facultatis (§ 317 und 1459), ein Recht, das Jedermann solange und soweit zusteht, als die »gesetzmässige Beschränkung« desselben nicht nachgewiesen wird (§ 17). Mit anderen Worten: das Recht, ein Individualzeichen im Handelsverkehre zur Bezeichnung einer Waare anzuwenden, stützte sich auf die allgemeine Verkehrsfreiheit.

Eine theilweise Aenderung dieses Zustandes wurde durch zwei allgemeine Gesetze herbeigeführt: durch das Kaiserliche Patent vom 7. December 1858, Nr. 230 R.-G.-Bl., durch welches »zum Schutze der Gewerbetreibenden und des consumirenden Publicums gegen die ihnen aus dem Missbrauche von gewerblichen Marken und anderen Bezeichnungen erwachsenden Nachtheile« ein Gesetz zum Schutze der gewerblichen Marken und anderen Bezeichnungen, wirksam vom 1. Jänner 1859 angefangen, erlassen wurde und durch das Gesetz vom 15. März 1883, Nr. 39 R.-G.-Bl., betreffend die Abänderung und Ergänzung der Gewerbeordnung vom 20. December 1859, wodurch einige öffentlich-rechtliche Beschränkungen des allgemeinen Marken-Gebrauchsrechtes eingeführt wurden.

Das Markenschutzgesetz vom 7. December 1858 setzt das allgemeine Recht der Gewerbetreibenden zum Gebrauche jener besonderen Zeichen, »welche dazu dienen, die zum Handelsverkehr bestimmten Erzeugnisse und Waaren eines Geschäftsbetriebes von jenen anderer Geschäftsbetriebe zu unterscheiden« (Marke), bereits als gegeben voraus (§ 1 in Verbindung mit § 2), lässt daher auch dieses allgemeine Recht unberührt, creirt aber ein Recht mit negativem Inhalt, indem es dem Gewerbetreibenden unter gewissen Voraussetzungen »das Alleinrecht zum Gebrauche einer Marke« (§§ 3 und 4), das »ausschliessliche Gebrauchsrecht für eine Marke« (§§ 9 und 27), das »ausschliessende Markenrecht« (§ 29) oder das »Markenrecht« schlechtweg (§§ 5 und 23, Al. 2) sichert und dadurch zugleich unter eben jenen Voraussetzungen zu Gunsten des Schutzbe-

rechtigten und im allgemeinen Interesse die absolute Freiheit im Gebrauche von Waarenzeichen beschränkt.

Die Entstehung und der giltige Bestand des Markenrechtes werden in diesem Gesetze an die Erfordernisse

1. eines fähigen Rechtssubjectes: solches ist ein Gewerbetreibender (§ 1) als Träger eines bestimmten Unternehmens, dessen Erzeugnissen die Marke dienstbar ist (§§ 5 und 4),

2. eines giltigen Objectes, d. i. einer Marke, welche den Anforderungen des Gesetzes entspricht (§§ 3 und 12), und

3. eines giltigen Erwerbungsactes geknüpft.

Titel und Erwerbungsart[5]) liegen, soferne es sich nicht um eine Nominativmarke handelt (§ 17), in der jedem Anderen zuvorkommenden Besitznahme eines von bereits geschützten Marken unterscheidbaren (§ 12) Waarenzeichens mittelst vorschriftsmässiger Registrirung (§§ 2 und 9 ff.), jedoch auch unter Umständen neben der Registrirung in der Priorität des Gebrauches (§ 27 ff.).

Das Gesetz ist auf dem Systeme des Anmeldeverfahrens aufgebaut. »Mit dem Tage und der Stunde der Einreichung der Marke bei der Registerbehörde beginnt für den Hinterleger der Marke das Alleinrecht zum Gebrauche derselben und es wird darnach die Priorität des Anspruches beurtheilt, wenn die gleiche Marke von mehreren Gewerbetreibenden bei der nämlichen, oder bei verschiedenen Registerbehörden hinterlegt worden sein sollte« (§ 12). Jene Gewerbetreibenden aber, die schon vor der Publication des Gesetzes eine Marke führten, hatten das Vorrecht gegen denjenigen, der ihnen in der Registrirung zuvorgekommen ist, wenn sie ihre Marke bis letzten Juni 1859 registriren liessen (§ 28). Unter mehreren bis zu diesem Zeitpunkte in Ansehung der gleichen Marke registrirten Schutzwerbern hatte derjenige das Vorrecht, von dem der frühere Gebrauch der Marke nachgewiesen wurde. Blieb die Priorität zweifelhaft, so sollte das Los entscheiden (§ 29).

---

[5]) Wir werden diese Termini in der ganzen Schrift beibehalten, weil sie dem österreichischen Praktiker die geläufigsten sind. Zwar ist die Lehre vom titulus und modus acquirendi längst aufgegeben, allein die Terminologie dieser Lehre dürfte gerade im Markenrechte mit Nutzen beibehalten werden können.

Als die gleiche Marke behandelte man nach Analogie des § 16 auch jene, welche von der berechtigten Marke ohne mehr als gewöhnliche Aufmerksamkeit nicht zu unterscheiden war.

In eine Prüfung der Priorität ging die Registerbehörde nicht ein, diese Prüfung war dem Streitfalle vorbehalten (§ 23, Al. 2, und 29, Al. 1).

Von der Anmeldung zur Registrirung war auch der Erwerb des derivativen Markenrechtes bedingt, weil die Marke von dem Nachfolger in dem Besitze des Unternehmens, dessen Erzeugnissen sie dienstbar war, wenn nicht das Gewerbe durch die Witwe oder einen minderjährigen Erben des Gewerbsinhabers oder für Rechnung einer Erbs- oder Concursmasse fortgeführt wurde, binnen drei Monaten bei sonstigem Verluste des Markenrechtes auf den Erwerber umgeschrieben werden musste (§§ 5 u. 13).

Auch in dieser Beziehung war das Markenrecht nicht selten Gegenstand des Streites unter den Interessenten, und ebenso kam es vor, dass Marken, welche in Beziehung auf ihre Fehlerfreiheit nach § 3 bei der Registrirung durchschlüpften, doch nachträglich angefochten werden mussten, weil das bezügliche Gebrechen bei der Registrirung nicht erkannt wurde, wie beispielsweise bei Freizeichen, d. i. solchen Zeichen, die bei einzelnen Waarengattungen im Verkehre allgemein gebräuchlich sind.

Gegen Verletzung des Markenrechtes war civilrechtliche, und wenn der Eingriff wissentlich verübt wurde, strafrechtliche Repression auf Grundlage des Antragsdelictes gewährt. Zuständig waren hiefür, ausgenommen für die auf Grund eines politischen Präjudicialerkenntnisses zu erhebenden vor den Civilrichter gehörenden Entschädigungsklagen (§ 23, Al. 3), die politischen Verwaltungsbehörden nach den für das Verfahren und den Instanzenzug bei Gewerbsstörungen und Gewerbsübertretungen bestehenden Vorschriften (§ 23, Al. 1), sowie nach den §§ 24—26. Es wurden aber auch, wie schon erwähnt, Streitigkeiten über den Bestand des Markenrechtes geführt, welche sich lediglich auf die Herbeiführung einer Berichtigung des Markenregisters beschränkten, wenn nicht anders in einem und demselben Processgeleise die Fragen nach dem Bestande des Markenrechtes und nach der Verletzung desselben durch rechtswidrigen Gebrauch ihre Erledigung fanden.

Die Competenzbestimmung in Betreff der den Bestand des Markenrechtes betreffenden Streitigkeiten (§ 23, Al. 2) lautete wörtlich: »Die politische Behörde entscheidet auch die vorkommenden Streitigkeiten über das Markenrecht, dessen Priorität und Uebertragung, und über die Frage hinsichtlich der Identität mehrerer Marken.«

Nachdem im Vorstehenden die Entwicklung des mit Prohibitivrechten ausgestatteten Waarenbezeichnungsrechtes — wir wollen dasselbe das vollendete Markenrecht nennen — bis zur Reform des Markenrechtes im Jahre 1890 dargelegt wurde, soll auch erwähnt werden, welche weiteren Beschränkungen das allgemeine Recht der Producenten und Händler, wenigstens derjenigen, auf welche die seither geänderte und ergänzte Gewerbeordnung vom 20. December 1859, Nr. 227 R.-G.-Bl., Anwendung findet, auf Bezeichnung ihrer Waaren auch ausserhalb des Markenschutzgesetzes erfahren hat.

Nach § 49 der Gewerbe-Novelle vom 15. März 1883, Nr. 39 R.-G.-Bl., macht sich einer Uebertretung schuldig jeder Gewerbetreibende, der zur Bezeichnung von Gewerbserzeugnissen

1. sich eines ihm nicht zustehenden Namens, also allenfalls einer ihm nicht handelsgerichtlich registrirten Firma bedient;

2. sich eine Auszeichnung beilegt, welche ihm nicht verliehen wurde;

3. sich einer Bezeichnung bedient, welche die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses zulässt, während ein solches thatsächlich nicht besteht;

4. sich bei Abgang einer für ihn erfolgten handelsgerichtlichen Firmaregistrirung nicht seines vollen Vor- und Zunamens bedient;

5. unter derselben Voraussetzung beim Bestande eines Gesellschaftsverhältnisses sich einer Bezeichnung bedient, in welcher nicht blos Namen von Gesellschaftern, sondern ausserdem ein das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutender Zusatz enthalten ist.

Die Praxis wird manchmal mit Erfolg angeregt, noch weiter zu gehen und in richtiger Auffassung der Bedürfnisse

des loyalen Verkehrs die Bezeichnung von Gewerbserzeugnissen unter den Begriff der »Mittel der Bekanntmachung« zu subsumiren, den § 44 Gew.-O.: »Die Gewerbetreibenden sind verpflichtet, sich einer entsprechenden äusseren Bezeichnung auf ihren festen Betriebsstätten oder ihren Wohnungen und sind berechtigt, sich sonstiger Mittel der Bekanntmachung zu bedienen«,[6]) dahin auszulegen, dass auch die Mittel der Bekanntmachung »entsprechende« sein müssen und daher auf Grund der Gewerbeordnung und der Kaiserlichen Verordnung vom 20. April 1854 auch gegen den Gebrauch von Waarenzeichen einzuschreiten, welche keine entsprechenden sind, somit den thatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen des Gewerbsunternehmers oder seines Gewerbes nicht entsprechen. Dadurch erscheint es möglich, auch solche Waarenzeichen, welche auf ein anderes Productionsgebiet, auf andere Qualität als die gebotene, auf andere Bereitungsweise, ja selbst solche, welche nur auf anderes Mass oder Gewicht hinweisen, ebenso überhaupt alle Deceptiv- sowie auch unsittlichen Bezeichnungen zu unterdrücken und die durch die seitherige Markenschutzgesetzgebung ausgesprochene Unfähigkeit solcher Zeichen zum Markenschutze auch auf die Unfähigkeit derselben zum Gebrauche zu erweitern.

Die Uebertretungen der §§ 44 und 49 Gew.-O. sind »gewerbspolizeiliche Officialdelicte und wird gegen die Uebertreter, gegensätzlich zu den Delicten nach §§ 46—48 von Amtswegen eingeschritten« (Heilinger, Oesterr. Gewerberecht, Bd. I, Wien 1894, S. 289); nichtsdestoweniger muss bei richtiger Auffassung des Gesetzes dem Verletzten als Privatbetheiligten eine Mitintervention gestattet werden, weil auch die specielle Bestimmung des § 50, Al. 2 Gew.-O. einen Anspruch desselben auf Schadenersatz, worüber der Civilrichter entscheidet, anerkennt.

Der bisherigen in grossen Zügen gezeichneten Ordnung des Zeichenwesens folgte das an Stelle des Kaiserlichen Patentes vom 7. December 1858 getretene Markenschutzgesetz vom 6. Jänner 1890, Nr. 19 R.-G.-Bl., welches das allgemeine

---

[6]) Der analoge § 49 der Gew.-O. vom 20. December 1859 lautete: »Die Gewerbetreibenden sind berechtigt, sich einer entsprechenden Bezeichnung auf ihren festen Betriebsstätten oder ihrer Wohnung und sonstiger Mittel der Bekanntmachung zu bedienen.«

Markengebrauchsrecht abermals unberührt lässt, im besten Falle die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen desselben durch einige Bestimmungen der §§ 3 und 4 erweitert, oder nach jener Ansicht, die den § 44 Gew.-O. ausdehnend interpretirt und auch auf Waarenzeichen anwendet, besser präcisirt. Die Beschränkungen des allgemeinen Markengebrauchsrechtes durch registrirte Individualmarken erhalten nur eine grössere Intensität in Folge der schärferen Strafbestimmungen, die zum besseren Schutze der Markenvollberechtigten erlassen wurden.

Das neue Gesetz kann als eine neue — allerdings verbesserte — Ausgabe des Gesetzes vom Jahre 1858 angesehen werden: es knüpft — insbesondere in Bezug auf die redactionelle Mache — an die Traditionen des älteren Gesetzes an und die durchgreifenden Aenderungen gegenüber der älteren Gesetzgebung bestehen darin, dass nach der Seite des Subjectes des Markenrechtes der Schutz auf alle Producenten und Commercanten als Träger eines bestimmten Unternehmens ausgedehnt wird, wobei jedoch das Schutzrecht sich nicht mehr auf alle Waarengattungen, zu welchen die Erzeugnisse oder Verkehrsgegenstände des Betriebes gehören, erstreckt, sondern auf die bei der Registrirung der Marke speciell anzugebende Waarengattung beschränkt; die Bestimmungen in Ansehung des Objectes des Markenrechtes erfahren für figurative Marken eine erhebliche Ergänzung; die Reinigung des Markenregisters wird durch die Einrichtung des Centralmarkenregisters, durch Publicationen aus demselben und durch das avis préalable erfolgreich angestrebt; dagegen wird an den materiellen Bestimmungen, die sich auf die giltige Art der Erwerbung des Markenrechtes beziehen, nichts geändert.

Insbesondere ist die Bestimmung des § 19, nach welcher für die Priorität der Marke der Zeitpunkt der Hinterlegung derselben bei der Registerbehörde entscheidet, im Wesentlichen gleichlautend mit der Bestimmung des § 12 des alten Gesetzes, und wenn ein Fall vorkommen sollte, in welchem zwei oder mehrere bis Ende Juni 1859 registrirte Marken um das Vorrecht wegen des älteren Gebrauches streiten, so wird es im Hinblick auf § 33 des neuen Gesetzes keinem Zweifel unter-

liegen, dass einem solchen Prioritätsstreite § 29 des Gesetzes vom Jahre 1858 zu Grunde zu legen ist.

Eine weitere durchgreifende Aenderung hat das ältere Gesetz dahin erfahren, dass der civilrechtliche Schutz, abgesehen von der den Schadenersatz betreffenden Norm (§ 29 des neuen Gesetzes) verschwiegen, der strafrechtliche durch Erhebung des wissentlichen Markeneingriffes zu einem strafrechtlichen Vergehen und durch criminelle Strafen, welche der Strafrichter verhängt, erweitert wird. Streitigkeiten über den Bestand des Markenrechtes (§ 23, Al. 2 des Gesetzes vom Jahre 1858) werden nicht mehr von den Gewerbsbehörden instanzenmässig, sondern vom Handelsminister entschieden (§ 30, Al. 1 des neuen Gesetzes), und Fragen, die sich im Laufe des Strafverfahrens in Bezug auf den Bestand des Markenrechtes ergeben und von welchen in dieser Beziehung die »Entscheidung« des Strafrichters abhängt, werden nicht mehr in einem und demselben Processgeleise, sondern durch eine Vorentscheidung des Handelsministers erledigt (§ 30, Al. 2).

Diese beiden Absätze des § 30 M.-Sch.-G. enthalten somit einerseits eine Zuständigkeitsnorm, andererseits eine Durchbrechung der Principien des § 5 in Verbindung mit §§ 258 bis 260 und 270, Z. 7 Str.-Pr.-O., und erfordern mit Rücksicht auf viele Streitfragen, die sich in der Praxis ergeben haben, eine eingehende Erläuterung. Um zu einer solchen zu gelangen, ist es nothwendig, sich vorerst mit dem ausschliesslichen Gebrauchsrecht an einer Marke: dem vollendeten Markenrechte, wie wir es nannten, oder mit dem Markenrecht schlechtweg, sodann mit dem Gebrauchsrechte an einer Marke, welches, wenn es mit Prohibitivrechten nicht ausgestattet ist, als unvollendetes Markenrecht bezeichnet werden kann, zu befassen, wodurch zugleich der Zweck erreicht wird, die behördliche Zuständigkeit im Zeichenwesen nach allen Richtungen abzugrenzen.

Das **ausschliessliche Gebrauchsrecht an einer Marke oder das Markenrecht** ist das einem Producenten oder Händler nur durch eine giltige Registrirung erwerbliche, mit einem bestimmten Productions- oder Handelsunternehmen verbundene Recht, vom Gebrauche einer Marke, die bestimmten Handelsartikeln dieses Unternehmens zur Unterscheidung dient, jeden Anderen

auf die im Gesetze vom 6. Jänner 1890 bezeichnete Art auszuschliessen.

Dieses Recht kann man auch das Recht auf eine Schutzmarke nennen.

Wer sich — um mit einem Ausdrucke der auf § 30 M.-Sch.-G. hinweisenden lit. e des § 21 ibid. zu sprechen — auf den »Bestand dieses Rechtes« berufen kann, dem gewährt das Gesetz (§§ 26—27 und 29) gegen denjenigen, der in dieses Recht auf die in den §§ 23 und 25 näher bestimmte Weise eingreift, einen Schutzverwirklichungsanspruch im Wege eines vor den competenten Richter zu bringenden Antrages auf Bestrafung (§§ 26 und 23) und Verurtheilung zum öffentlichen Widerruf (§ 27, Al. 2), Beseitigung der Eingriffsmittel (§ 27, Al. 1) und Wiederherstellung in den vorigen Stand, beziehungsweise Schadenersatz (§§ 27, Al. 3, und 29): er hat ein Recht aus der Schutzmarke.

Nichts ändert an dieser Construction, dass das Markendelict sich zugleich als eine Verletzung des Rechtes der Consumenten gegen die durch rechtswidrigen Gebrauch von öffentlich als Individualmarken erklärten Zeichen ermöglichte Täuschung darstellt.

Aus dem Rechte auf die Schutzmarke erwächst somit ein Präjudicialanspruch; das Recht aus der Schutzmarke ist, wie schon bemerkt, ein Schutzverwirklichungsanspruch.[7]

Beiden nebengeordnet ist der Schutz des Gebrauches eines Zeichens, welchem öffentlich- oder privatrechtliche Beschränkungen nicht entgegenstehen (das Recht an der Marke).

Und somit werden wir im ersten Capitel das ausschliessliche Gebrauchsrecht an einer Marke als Präjudicialanspruch,

im zweiten Capitel dieses Recht als Schutzverwirklichungsanspruch und dessen Verletzung (das Markendelict),

im dritten Capitel das Markengebrauchsrecht erörtern und uns erst

im vierten Capitel unserer eigentlichen Aufgabe: den processhindernden Vorfragen, zuwenden.

---

[7]) Die Darstellung der Lehre von der Nominativmarke gehört nicht hieher, weil nur bezüglich der Figurenmarke § 30, Al. 2, in Verbindung mit § 23 bei zweifelhafter Präjudicialfrage eine Vorentscheidung des Handelsministers verlangt.

I. Capitel.

Das Markenrecht als Präjudicialanspruch.

(Das Recht auf die Schutzmarke.)

A. Materielles Recht.

a) Entstehung und Bestand des Markenrechtes.

Entstehung und Bestand des Markenrechtes sind in Bezug auf ihre materiellen Erfordernisse nicht zu trennen.

Diese materiellen Erfordernisse sind, wie schon angedeutet:

1. ein fähiges Subject,
2. ein fähiges Object,
3. ein giltiger Erwerbungsact.

1. Fähiges Subject.

Fähiges Subject des Markenrechtes ist jeder Producent oder Kaufmann (§§ 1 und 24 in Verbindung mit Kaiserl. Patent vom 7. December 1858, § 1 — vgl. auch Reg.-Motive zu § 1).

Producent oder Kaufmann, oder nach der Tendenz des Gesetzes vielleicht richtiger ausgedrückt: »Producent oder Händler« sind aber markenberechtigt nur als Träger einer bestimmten Unternehmung, insoferne aus derselben eine bestimmte »Waarengattung« hervorgeht, daher als Erzeuger oder Händler dieser dem Unternehmen entstammenden Waare (§§ 7, 9, 13, 14, 18 M.-Sch.-G.).

Einige Bemerkungen über »Unternehmung«, »Unternehmer« und »Waare«, beziehungsweise »Waarengattung« werden hier am Platze sein.

Unter »Unternehmung« oder »Unternehmen« (vgl. §§ 9, 20, 32) ist ein Betrieb als wirthschaftlicher Träger einer Production oder eines Handels [8]) von Gütern zu verstehen, die »zum Handelsverkehr« bestimmt sind (§ 1 M.-Sch.-G.), nicht auch ein Betrieb, der auf Absatz von Handelsgütern, auf ein Inverkehrbringen oder Feilhalten derselben (§ 23 M.-Sch.-G.), nicht berechnet ist. [9])

Die Unternehmung, für welche ein Markenrecht durch Anmeldung und Registrirung erworben werden kann, kann zunächst eine inländische sein, d. i. eine Unternehmung, die in den zum österreichischen Reichsrathe gehörigen Kronländern gelegen ist. Marken von Unternehmungen, die in den Ländern der ungarischen Krone gelegen sind, können zwar in den österreichischen Markenregistern nicht eingetragen werden, geniessen aber, wenn sie bei einer ungarischen Registerbehörde eingetragen sind, so lange das ungarische Zoll- und Handelsbündniss (Ges. vom 24. December 1867, Nr. 4 R.-G.-Bl. ex 1868, 27. Juni 1878, Nr. 62 R.-G.-Bl., und 21. Mai 1887, Nr. 48 R.-G.-Bl.) besteht und den gegenseitigen Markenschutz sichert, daher vorläufig bis 31. December 1897 den Schutz auch in Oesterreich. Das Verhältniss zu Bosnien und der Herzegovina regeln das Gesetz vom 10. December 1879, Nr. 136 R.-G.-Bl., und die in demselben vorgesehenen Durchführungsverordnungen.

Die Unternehmung, für welche durch Anmeldung und Registrirung markenrechtlicher Schutz erworben werden kann, kann auch eine ausländische sein, wenn und insolange derselben der Schutz in Oesterreich verbürgt ist. § 32 M.-Sch.-G. erklärt zwar für solche Unternehmungen »die mit den betreffenden Staaten geschlossenen Verträge und Conventionen massgebend«, allein es kann keinem gegründeten Zweifel unterliegen, dass fremdländische Unternehmungen, welche auch ohne Berufung auf solche Verträge und Conventionen die von ihrem Heimat-

---

[8]) Die Anmeldung und Eintragung müssen daher angeben, ob das markenberechtigte Unternehmen ein producirendes oder ein Handelsunternehmen ist.

[9]) Anderer Meinung Schuloff: »Das neue österr. Gesetz über den Markenschutz« i. d. Jur. Bl., Jahrg. 1890, S. 195, der auch jeden Unternehmer für schutzberechtigt erklärt, welcher der Waare ein Zeichen aufdrücken will, dass sie seine Prüfung passirt hat.

lande geübte Gegenseitigkeit nachweisen, das Recht auf eine Schutzmarke nach den Bestimmungen des neuen Gesetzes erwerben können, weil durch das letztere das Gesetz vom 15. Juni 1865, Nr. 45 R.-G.-Bl., welches den Ausländern den markenrechtlichen Schutz unter der Bedingung der Gegenseitigkeit sichert, nicht aufgehoben wurde. Die im § 32 M.-Sch.-G. erwähnten »Verträge und Conventionen« sind daher nur für allfällige Ausnahmen von den allgemeinen Bedingungen eines giltigen Markenrechtes, nicht für den Schutz an sich — dieser ist schon im Verhältnisse der Reciprocität begründet — massgebend.

Die schutzberechtigte Unternehmung muss die eigene Unternehmung des Anmelders, die von ihm betriebene oder auf seiner Realität radicirte Unternehmung sein; für ein fremdes Etablissement darf die Marke des Schutzwerbers nicht bestimmt sein.

Der von dem Unternehmer oder für denselben, oder für dessen Verlassenschaft oder Concursmasse bestellte Vertreter erwirbt ein neues Markenrecht für den Vertretenen, oder richtiger ausgedrückt, für dessen Unternehmung, nicht für sich selbst; ebenso erwirbt der Pächter die Marke für das gepachtete Unternehmen, nicht für seine Person.[10])

»Waare«[11]) ist jedes physische Erzeugniss und jeder andere körperliche und bewegliche[12]) Gegenstand, der sich zum Absatz, »zum Handelsverkehr« überhaupt eignet und insbesondere nicht durch Vorschriften des öffentlichen Rechtes davon ausgeschlossen ist.[13]) Innerhalb dieses Waarenbegriffes bestimmt sich der Begriff der »Waarengattung« nach den Begriffen der Waarenkunde, aber auch wegen des Zusammenhanges mit der Gewerbegesetzgebung nicht ohne Rücksicht auf die gewerberechtliche

---

[10]) Nicht im Widerspruche steht mit dieser Auffassung Schuloff: a. a. O. Jur. Bl., 1890, S. 196, wenn er in dem dort angegebenen Falle dem Pächter ein Markenrecht vindicirt.

[11]) Vgl. Kohler: »Das Recht des Markenschutzes.« Würzburg 1884, S. 211—217.

[12]) Für das Deutsche Recht, wo aber schon das widerrechtliche Versehen der Waare mit einem fremden Zeichen strafbar ist, anderer Meinung Seligsohn: »Gesetz zum Schutze der Waarenbezeichnungen«, Berlin 1894, S. 26, der auch unbewegliche Sachen als Waaren ansieht.

[13]) Vgl. Seligsohn, S. 26.

Abgrenzung der Waarenbranchen. Hiefür kann das Gruppenschema, nach welchem die Marken vom Central-Markenregister publicirt werden, nicht von Bedeutung sein.

Soweit ist das Gesetz nicht gegangen, das Markenrecht auf eine bestimmte Waarenart zu beschränken, wenn sich der Markenberechtigte nicht selbst eine solche Beschränkung auferlegt. Bei Beurtheilung des Umfanges seines Markenrechtes, wenn im Verhältnisse zu anderen Markenberechtigten oder zu nicht markenberechtigten Producenten und Händlern Gleichartigkeit oder Ungleichartigkeit der Waarengattung festgestellt werden soll (§§ 7 und 30 M.-Sch.-G.), wird nicht nur die Gewerbeberechtigung, sondern auch der thatsächliche Zustand, insbesondere die Frage, ob im Verkehr eine Verwechslung oder Täuschung möglich ist, in Erwägung zu ziehen sein.

Der Anmelder einer Marke kann den beabsichtigten Schutz auf eine specielle Waarenart beschränken, oder auf eine Waarengattung, oder auf mehrere Waarengattungen ausdehnen, sowie er auch für dieselbe Waarengattung das Recht auf mehrere Schutzmarken, deren jede Gegenstand einer besonderen Anmeldung ist, erwerben kann.

Die Bestimmung der Marke für eine bestimmte Waare oder Waarengattung ist jedoch nur für die seit Beginn der Wirksamkeit des neuen Gesetzes angemeldeten Marken ein wesentliches Erforderniss des Markenrechtes. Jene Marken, welche auf Grund des Kaiserlichen Patentes vom 7. December 1858, Nr. 230 R.-G.-Bl., registrirt wurden und noch in die Schutzfrist des § 16 des neuen Gesetzes fallen, geniessen bis zum Ablauf derselben den Schutz in dem Umfange des älteren Gesetzes, daher nach § 4 desselben für jene Gattung von Waaren, zu welchen die Erzeugnisse oder die Verkehrsgegenstände des markenberechtigten Unternehmens gehören (§ 33 M.-Sch.-G.), es wäre denn, dass der Schutzberechtigte seinen Schutz selbst auf eine bestimmte Waarengattung oder Waarenart beschränkt hat.

Wir haben die Begriffe »Unternehmer«, »Unternehmung« und »Waare« — ohne auf Vollständigkeit Anspruch zu machen — erläutert.

Zu erinnern kommt aber nochmals, dass das Gesetz in dem »Unternehmer« — wie schon dieser Ausdruck andeutet —

nur ein qualificirtes Rechtssubject anerkennt in dem Sinne, dass zwischen Unternehmer, Unternehmung und Waare ein juristischer und zugleich wirthschaftlicher Zusammenhang bestehen muss, wenn das Markenrecht ein giltiges sein soll.

Der Käufer oder Bestandnehmer einer Realität oder Betriebsstätte, in oder auf welcher ein markenberechtigtes Unternehmen betrieben wird, kann sich — selbst bei rechtzeitiger Abgabe seiner Willenserklärung nach § 9 M.-Sch.-G. — auf eine Succession in das Markenrecht seines Besitzvorgängers nicht berufen, wenn nicht auch wirthschaftliche Identität des Unternehmens in seiner Beziehung zur Waare fortbesteht. Diese Identität muss so weit bestehen, als der auch dem Verkehre dienstbare Zweck der Marke, die unter derselben bekannt gewordene Waare als jene eines bestimmten Unternehmens zu charakterisiren, es erfordert.

Mit dem Augenblicke, da die juristische Beziehung zwischen Unternehmer, Unternehmung und Waare oder der wirthschaftliche Zusammenhang zwischen denselben zerrissen wird, erlischt das Markenrecht. Und zwar erlischt es, je nachdem die mit dem Besitze des Unternehmens verbundene wirthschaftliche Berechtigung an sich untergeht oder nur das Band des Besitzes gelöst wird, vollständig oder nur für den gegenwärtigen Unternehmer.

Hat der Unternehmer den Betrieb nicht durch die bei der competenten Behörde erfolgte Anmeldung des zeitweiligen Nichtbetriebes interimistisch,[14]) sondern — ohne Fortsetzung durch einen Nachfolger — vollständig, z. B. durch Gewerbszurücklegung[15]) aufgegeben, so dass die Marke durch ein Unternehmen nicht mehr gedeckt ist, so erlischt mit diesem Zeitpunkte das Markenrecht.

---

[14]) Die Fortsetzung des animus, das Gewerberecht aufrecht zu halten ist quaestio facti.

[15]) Die Form der Willenserklärung, beziehungsweise die Behörde, bei der dieselbe abzugeben ist, wird je nach der Art des Unternehmens eine verschiedene sein. Die Löschung einer Firma im Handelsregister, ausgenommen die Löschung einer Actiengesellschaft, deren Rechtssubjectivität durch Löschung verloren geht, kann die Erlöschung des Gewerbes nicht beweisen, wohl aber die Löschung im Gewerberegister.

Uebersiedelt der Markenberechtigte in einen anderen Ort, so werden für die Forterhaltung des Markenrechtes in der ursprünglichen Priorität dieselben Grundsätze, wie für eine Markendevolution, und zwar selbst dann massgebend sein, wenn das Unternehmen unter die Bestimmungen der Gewerbeordnung fällt. Denn die Bestimmung des § 43 Gew.-O., nach welcher bei allen Gewerben die Uebersiedlung in den Bezirk einer anderen Gewerbsbehörde als die Begründung eines neuen Gewerbes anzusehen ist, beruht nur auf gewerbepolizeilichen Gründen und auf fiscalischen Rücksichten, die beide der Aufrechthaltung des Markenrechtes nicht im Wege stehen, sobald durch die Uebersiedlung des Gewerbes die wirthschaftliche Identität desselben nicht verloren geht und der Markenberechtigte bei allfälliger Uebersiedlung in den Bezirk einer anderen Registerbehörde für die Wahrung der Evidenz und Controle durch Erneuerung der Registrirung bei dieser Behörde sofort, oder doch in derselben Frist, wie für Markenumschreibungen vorgesehen, Sorge trägt.

Hat der Berechtigte das Unternehmen in der bereits angedeuteten wirthschaftlichen Identität an jemanden Anderen übertragen, so erlischt zwar das Markenrecht für ihn, dasselbe kann aber, wenn auch die übrigen Voraussetzungen des § 9 M.-Sch.-G. zutreffen und eine entgegengesetzte vertragsrechtliche Vereinbarung nicht besteht, auf den Nachfolger des Unternehmens übergehen.[16]) Derselbe Gesichtspunkt — zugleich das Erforderniss der Anmeldung des Besitzwechsels und der Beibehaltung der Marke bei der Registerbehörde — ist auch dann massgebend, wenn der Besitznachfolger das Unternehmen unverändert unter der protokollirten Firma seines Vorgängers fortsetzt; denn auf die Prüfung der Identität des Unternehmens (Art. 23 H.-G.-B.) durch das Handelsgericht, das diese Prüfung vielleicht nach anderen Gesichtspunkten vornimmt, muss sich die Markenregisterbehörde nicht verlassen.

---

[16]) Anders regelt das Gesetz bekanntlich die Frage des Ueberganges einer Firma, die im Zweifel nicht mit übergeht (Art. 23 H.-G.-B.). Vgl. auch in diesem Capitel den Abschnitt »Fortbestand und Uebergang des Markenrechtes«.

Dagegen kann es überhaupt nicht als Besitzveränderung angesehen werden,[17] wenn in ein bestehendes Handelsgeschäft Jemand als Gesellschafter eintritt, oder wenn ein Gesellschafter zu einer Handelsgesellschaft neu hinzutritt oder aus einer solchen austritt (Art. 24 H.-G.-B.) und in allen diesen Fällen doch die bisherige Firma beibehalten wird.[18] Man kann dies behaupten, gleichviel wie immer man juristisch das Wesen der Firma construiren mag.

2. Fähiges Object.

Object des Markenrechtes ist eine Marke,[19] d. i. nach der Begriffsbestimmung des § 1 M.-Sch.-G. jenes besondere Zeichen, welches dazu dient, die zum Handelsverkehr bestimmten Erzeugnisse und Waaren von anderen Erzeugnissen und Waaren zu unterscheiden (Sinnbilder, Chiffren, Vignetten u. dgl.)[20]

Zum Begriffe der Marke als eines fähigen Objectes des Markenrechtes gehört somit:

---

[17]) Vgl. Kohler, l. c. S. 235 ff., ebenso Schuloff, l. c. Jur. Bl. ex 1890, S. 196.

[18]) Leider liegt auch ein entgegengesetztes Judicat des Handelsministeriums vor.

[19]) Wenn wir die Marke Object des Rechtes nennen, so werden wir nicht deshalb zu einem Missverständnisse Anlass geben. Denn ist auch das Markenrecht, von der Seite des Berechtigten angesehen, Individualrecht, so ist doch die Marke als Erkennungszeichen und Beurkundungsmittel der qualificirten Persönlichkeit (des Unternehmers) ein mittelbares — sozusagen Durchgangs- — Object dieses Rechtes, sowie auch der Name in diesem Sinne Object eines Persönlichkeitsrechtes ist.

[20]) In Verbindung mit den §§ 9, 10 und 11 M.-Sch.-G. kann man auch die Marke als ein in einem Namen (auch Etablissementsnamen oder Etablissementswappen), einer Firma oder einer Figur bestehendes Zeichen definiren, welches mit einer Waare oder deren Behältniss in Verbindung gebracht, den Zweck hat, die Herkunft derselben aus einem bestimmten Etablissement eines Producenten oder Händlers erkennbar zu machen und in diesem Zusammenhange zu charakterisiren. Wir beschränken uns aber auf die für die Figurenmarke, die einer Registrirung bedürftig ist, gegebene gesetzliche Definition des § 1 M.-Sch.-G., weil § 30, Abs. 2, dessen Erläuterung als Endzweck dieser Schrift zu betrachten ist, nur die Figurenmarke im Auge hat.

I. »**Ein besonderes Zeichen**«, d. i. ein Zeichen, welches sich zur Charakterisirung der Waare und ihrer Herkunft an sich eignet und daher nicht etwa nach seiner Gestalt die Annahme eines Individualzeichens — denn der Verkehr muss ein Zeichen als »besonderes«, als Individualzeichen zu erfassen in der Lage sein — ausschliesst. Darum wird z. B. unter Umständen ein aus geraden Linien bestehendes Viereck, welches dazu bestimmt ist, eine nicht mitregistrirte und nicht als solche zugleich eigenthümliche Aufschrift aufzunehmen, nicht als selbstständige Marke gelten können. Darum sind auch für Sensen gewisse Controlzeichen, nach welchen die Hand des Arbeiters, der die Waare anfertigte, erkannt werden soll, als Individualzeichen ausgeschlossen. Und aus dem gleichen Grunde ist eine Ausstattung, die eben nur den Zweck der Ausstattung erfüllt, beispielsweise für Papierconfection ein Alt-Sevres oder Altindisches Dessin ohne jede Beigabe (ohne sonstige Bezeichnung) als Marke nicht schutzfähig.

II. **Ein erlaubtes Zeichen.** Denn zur Unterscheidung von Waaren und Erzeugnissen, folglich zur Bezeichnung derselben dient die Marke und ist die Anwendung eines Zeichens zu diesem Zwecke nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften untersagt, so kann von einer Marke im Sinne des § 1, auf deren »Gebrauch« nach § 2 ein Alleinrecht erworben werden soll, keine Rede sein. Zum »ausschliesslichen« Gebrauch kann sich naturgemäss nicht ein Gebrauch eignen, der verboten ist, und ein Zeichen, dessen Anwendung den Thatbestand einer unerlaubten Handlung bildet, ist daher von der Registrirung und von der Erwerbung eines exclusiven Gebrauchsrechtes ausgeschlossen. Wenn beispielsweise § 49 Gew.-O. eine ganze Reihe von geschäftlichen Ankündigungen »zur Bezeichnung von Gewerbserzeugnissen« als unstatthaft, daher implicite ihre Anwendung auch als Bestandtheil eines Gesammtwaarenzeichens als Uebertretung erklärt und § 152 Gew.-O. die Beschlagnahme von so bezeichneten Waaren gebietet, so kann eine nach diesen Bestimmungen für den Handelsverkehr unstatthafte Marke auch nicht ein giltiges Object des ausschliessenden Markenrechtes sein. Eine Ausnahmsstellung für die Besitzer registrirter Marken wollte das Gesetz in dieser Beziehung zweifellos nicht schaffen.

Im Gegentheil: wenn Deceptivmarken nach § 3, Z. 4 M.-Sch.-G., von der Erwerbung eines Alleinrechtes ausgeschlossen sind, so muss man a minori ad majus folgern, dass umsomehr Marken, deren Anwendung ein Gesetz unter Strafsanction verbietet, zur Erwerbung eines Rechtes, beziehungsweise Alleinrechtes nicht fähig sind.

Zu den unerlaubten und daher eines Schutzes nicht fähigen Marken gehören auch jene, in welchen als Bestandtheile rechtswidrig die durch § 10 M.-Sch.-G. auch ohne Registrirung geschützten Bezeichnungen vorkommen.

Schon diese letztere Bestimmung, sowie jene des § 24 wendet sich nicht blos an den Civil- und Strafrichter, sondern auch an die Verwaltungsbehörde.[21])

Diesen Marken sind auch jene gleichzuhalten, in welchen widerrechtlich die Namen anderer Personen als jener von Kaufleuten oder Producenten (§ 10) enthalten sind und die daher das civile Namenrecht verletzen. Ja selbst eine »Einwilligung« (§ 10 M.-Sch.-G.) des berechtigten Namenträgers zur Anwendung seines Namens wird nicht immer genügen, um für den Markenschutzprätendenten ein Markenrecht zu constituiren. Man darf diesen Paragraphen nur in Uebereinstimmung mit der allgemeinen das Namenrecht betreffenden Gesetzgebung auslegen. Der Händler, der die Waare mit einer Namenmarke des Erzeugers verkauft, wird in der Lage sein, sein Bezeichnungsrecht auf die Einwilligung des Letzteren zu stützen. Es kommen auch Fälle vor, in welchen der Erzeuger dem Händler die Waare ohne jede Bezeichnung liefert und diesem erst die Anbringung der Fabriksmarke, auch einer nominativen Fabriksmarke an der Waare überlässt. Auch andere legale Formen der Einwilligung: Erkennbarmachung des Absatzes oder der Verarbeitung einer fremden Waare durch den Namen ihres Erzeugers u. dgl. kommen vor. Dagegen würde die Annahme, als ob § 10 M.-Sch.-G. das Licenzwesen für Namen im Gebiete der Waaren-

---

[21]) Vgl. Bericht der volkswirthschaftlichen Commission des Herrenhauses über die Gesetzvorlage, betreffend den Markenschutz Nr. 413 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses — 10. Session — im letzten Absatze dieses Berichtes.

bezeichnung schrankenlos zulassen wolle, mit den allgemeinen Grundsätzen des Namen- und Firmenrechtes und selbst mit den einschlägigen Normen des Strafrechtes im Widerspruch stehen. Diese allgemeinen Bestimmungen für das Gebiet des Waarenbezeichnungsrechtes aufzuheben oder abzuändern, lag nicht in der Absicht der Gesetzgebung.

In den bisher sub I und II besprochenen Erfordernissen ist das Princip der Markenwahrheit verkörpert, das wir auch in mehreren im Abschnitte 1 »fähiges Subject« besprochenen Vorschriften verwirklicht finden. Aus diesem Principe zieht nun das Markenschutzgesetz auch im Einzelnen die entsprechenden Consequenzen, indem es den nach der Natur der Sache und nach den §§ 1 und 10 an sich unerlaubten oder nur zur Erwerbung eines Alleinrechtes unfähigen Zeichen in den taxativen[22]) Bestimmungen der §§ 3 und 4 noch eine Reihe von Waarenzeichen anreiht, die gleichfalls zur Registrirung und Erwerbung eines Alleinrechtes ungeeignet sind.

Weil die Marke auch ohne Rücksicht auf das Verhältniss zu giltig geschützten Zeichen den vom Gesetze vorausgesetzten Zweck der Waarenunterscheidung verfolgen soll, darf sie nicht im Gemeingebrauche der Gewerbetreibenden stehen, daher nicht zur Bezeichnung von bestimmten Waarengattungen im Verkehre allgemein gebräuchlich (kein Freizeichen) sein (§ 3, Z. 3). Weil sie als Individualzeichen erkannt werden soll, darf sie nicht blos in Zahlen, Buchstaben oder Worten[23]) bestehen (§ 3, Z. 2); aus dem gleichen Grunde und weil ein Zeichen einer öffentlichen Autorität unklare Vorstellungen der Käufer über Etablissement und Waare hervorrufen könnte, darf sie nicht ausschliesslich Bildnisse des Kaisers oder von Mitgliedern des kaiserlichen Hauses (§ 3, Z. 1), nicht blos Staats- oder andere öffentliche Wappen enthalten (§ 3, Z. 2).

---

[22]) Vgl. V.-G.-H. 18. December 1891, Budw. 6319 und 5. Mai 1892, Budw. 6586.

[23]) Dass es übrigens Worte gibt, welche die Gesetzgebung als Individualzeichen schützen könnte, vgl. das englische Gesetz vom 25. August 1883, § 64, lit. *d*, nach den Zusätzen des Gesetzes vom Jahre 1888, und das Deutsche Reichsgesetz vom 12. Mai 1894 zum Schutze der Waarenbezeichnungen, § 4, Z. 1.

Ebenso wie im bürgerlichen Verkehre nur erlaubte Verträge die Grundlage desselben bilden, dasjenige aber, was erkennbar contra bonos mores verstösst, unerlaubt ist und daher keinen Gegenstand eines giltigen Vertrages bilden kann (§ 878 a. b. G.-B.), hat in ähnlicher Weise das Markenschutzgesetz auch solche Marken als zur Erwerbung eines Alleinrechtes nicht geeignet erklärt, welche unsittliche und ärgernisserregende oder sonst gegen die öffentliche Ordnung verstossende Darstellungen und Aufschriften enthalten (§ 3, Z. 4).

Und da endlich nur auf einer wahren — irrthumsfreien — Einwilligung in einen Vertrag (§§ 869—877 a. b. G.-B.) der gesammte bürgerliche Verkehr beruhen soll — denn die Marke als Beurkundung, dass die Waare die gesuchte Waare sei, kann man auch als dictum et promissum auffassen und das Waarenursprungscertificat: der Begleitbrief der Waare, soll nicht zu Irrungen, die wesentlich sein können, Anlass geben —, so hat das Markenschutzgesetz auch Waarenzeichen als unfähige Objecte eines Markenrechtes erklärt, die »solche Angaben enthalten, welche den thatsächlichen geschäftlichen Verhältnissen oder der Wahrheit nicht entsprechen und zur Täuschung des consumirenden Publicums geeignet sind« (§ 3, Z. 4).

Aus gleichem Grunde fordert im § 4 das Markenschutzgesetz zur Giltigkeit von Marken, bei welchen Bildnisse des Kaisers oder von Mitgliedern des kaiserlichen Hauses, eine Auszeichnung,[24]) der kaiserliche Adler oder ein öffentliches Wappen einen Bestandtheil desselben bilden, ein erworbenes Recht zur Benützung dieser besonderen Zeichen.

Einige Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen der §§ 3 und 4, soweit sie dem Praktiker für den Gebrauch im

---

[24]) Der Begriff der »Auszeichnung« ist noch kein feststehender. Autonome Körper verleihen das Recht zur Führung von Landes- und Städtewappen, eine Auszeichnung, die jedenfalls nicht auf § 58 Gew.-O. beruht; Ausstellungsunternehmungen und Vereine gewähren Medaillen, Diplome und andere Auszeichnungen; eine gesetzliche Regelung besteht nicht und die Ministerialerlässe, die sich auf das ungarische Staatswappen oder auf Abzeichen des Vereines vom rothen Kreuze beziehen, sind rein interner Natur.

Markenstrafprocesse dienlich sein können, seien dem IV. Capitel vorbehalten.

Zum Begriffe der Marke gehört noch:

III. **Ein unterscheidbares Zeichen.** Die Marke dient dazu (§ 1), die Handelsartikel des Unternehmens, dem sie geschützt ist (§ 9), von gleichartigen Handelsartikeln (§ 7) zu unterscheiden. Sie muss somit ihrer Erscheinung nach einer Charakterisirung der eigenen Erzeugnisse oder Handelsartikel auch im Verhältnisse zu bereits geschützten Marken fähig sein.

Dieses Erforderniss der Markenunterscheidbarkeit wird erst in dem nächsten Abschnitte vom giltigen Erwerbungsact besprochen werden.

Im Uebrigen aber kann jede Marke, welche den vorstehend sub I.—III. angegebenen Erfordernissen nicht widerspricht, fähiges Object des Markenrechtes sein; daher sind nicht blos Sinnbilder, Chiffren und Vignetten[25]) Marken, wie schon der dieser exemplificativen Aufzählung am Schlusse des § 1 beigegebene Zusatz »u. dgl.« andeutet, sondern auch andere der Charakterisirung dienende »besondere« Zeichen, insbesondere Etiquetten.[26])

Ihr Schutz entwickelte sich in Oesterreich noch unter der Herrschaft des Gesetzes vom Jahre 1858, und eine ausdrückliche Bestätigung des Etiquettenschutzes, der auch in der Praxis der Gerichte und Verwaltungsbehörden alltäglich mächtig gefördert wird, finden wir im § 4 des neuen Gesetzes, der die Zulässigkeit der Zusammensetzung einer Marke aus mehrfachen von einander unabhängigen Bestandtheilen anerkennt.

---

[25]) Ueber die Verschiedenheit dieser besonderen Zeichen und der Etiquetten siehe Schima, Jur. Bl. cx 1893, S. 409.

[26]) Wieso es kommt, dass im Deutschen Reiche bis zur letzten Reform Etiquetten überhaupt schutzlos waren, erklärt sich unter Anderem aus den divergirenden Anschauungen über den Begriff und Zweck der Etiquette. Vgl. Reuling, Kritische Beiträge zum Entwurf eines Gesetzes zum Schutze der »Waarenbezeichnungen« in der Zeitschr. für gewerbl. Rechtsschutz, 1892, Nr. 21 und 22, Seligsohn, S. 30—31. Dass die Scheidung der Begriffe Marke und Etiquette verfehlt ist, hat schon Meili hervorgehoben in seiner Schrift: »Das Markenstrafrecht auf Grund des eidgenössischen Markenschutzgesetzes«, Bern 1888, S. 14—19. In Oesterreich kann ein Unterschied nicht anerkannt werden: Etiquette ist Marke.

Dagegen schliesst die Praxis die Form der Waare selbst, mag sie noch so charakteristisch sein und in ihrer Eigenart mit einer bestimmten Waare eines bestimmten Etablissements zusammenhängen, als Marke aus, weil § 10 M.-Sch.-G. nur von den auf der Verpackung, den Gefässen, Umhüllungen u. dgl. »angebrachten« Bezeichnungen spricht und man daher annimmt, dass die Marke nur an der Waare oder einem Behältniss derselben angebracht, nicht durch die Waarenform selbst zur Erscheinung gebracht werden dürfe.[27])

3. Giltiger Erwerbungsact.

Eine schutzfähige Person kann an einer schutzfähigen Marke für ein bestimmtes Unternehmen und eine bestimmte Waarengattung ein ausschliessliches Gebrauchsrecht giltig erwerben, wenn sie sich auf eine jedem anderen Unternehmer in Ansehung der gleichen Waarengattung zuvorkommende Wahl dieser Marke — darin liegt der Titel des Rechtes — mittelst einer den Vorschriften des Gesetzes entsprechenden Willenserklärung[28]) und auf eine dem Gesetze entsprechende Beurkundung der letzteren — darin liegt die Erwerbungsart des Rechtes — berufen kann.

Daher sind Erfordernisse eines giltigen Markenerwerbes in Beziehung auf Titel und Erwerbungsart

α) die legale Anmeldung einer schutzfähigen Marke zur Eintragung derselben in das hiefür bestimmte öffentliche Register (Markenregister) und die dieser Anmeldung entsprechende legale Registrirung,

β) die Priorität dieser Anmeldung, das ist die Thatsache, dass mit derselben der Anmelder jeder fremden Anmeldung zuvorgekommen ist.

[27]) Vgl. Eg. Hdls.-M. vom 7. Jänner 1893, Z. 65969 ex 1892, Jur. Bl. ex 1893, Nr. 7, S. 76—77. Vgl. Kohler, a. a. O. S. 159 f.

[28]) Die Willenserklärung muss eine ernstliche sein. Der Anmelder muss die Absicht haben, sich des Waarenzeichens in seinem Geschäftsbetriebe zur Unterscheidung seiner Waaren von denen anderer zu bedienen. Aus einer Anmeldung, die nur zur Verhinderung Anderer am Gebrauche erfolgt, erwächst kein Markenrecht. (Deutsches Reichsg. Civ. Sen. Bd. 13, S. 157, Bd. 15, S. 102; Seligsohn, S. 24.)

Der Priorität der Anmeldung steht die Priorität des Gebrauches gleich — und diesen Rechtssatz werden wir in einem späteren Abschnitte begründen —, wenn zwei oder mehrere in der Zeit vom 1. Jänner bis 30. Juni 1859 zur Registrirung gebrachte Marken um das Vorrecht streiten; bei nicht mehr nachweisbarem Zuvorkommen im Gebrauche entscheidet für die Feststellung der Priorität in diesem Falle das Los. Während also in Ansehung aller anderen Marken die als rechtliche Erwerbungsart vorgeschriebene Anmeldung, wenn ihr keine andere vorangeht, zugleich eine praesumtio juris et de jure für den Erwerbstitel: die jedem Anderen zuvorkommende Wahl des Waarenzeichens abgibt, tritt für die hier angegebenen Marken zu der in der Thatsache der Anmeldung und Registrirung gelegenen Erwerbungsart noch als Erforderniss eines giltigen Erwerbstitels der frühere Gebrauch hinzu: nicht derjenige, der zuerst die Marke angemeldet, sondern derjenige, der sie zuerst in Gebrauch genommen hat, ist der rechtmässige Erwerber, wenn er nur auch die Marke bis 30. Juni 1859 zur Registrirung gebracht hat.

Ad α) Anmeldung und Registrirung.

Entstehung und Bestand des Markenrechtes sind an die in gesetzlicher Form bei der zuständigen Behörde erfolgende Anmeldung zum öffentlichen Markenregister (§ 13) und an die dieser Anmeldung entsprechende in gesetzlicher Form und von der zuständigen Behörde verfügte und vollzogene Registrirung (§ 14) geknüpft. Beide Acte sind constitutive Acte[29]) in dem Sinne, dass ohne Registrirung und vor der Registrirung ein Markenrecht nicht entsteht (Arg. § 2).

Diese Bedeutung kommt der Eintragung des Markenrechtes in das nach § 17 beim Handelsministerium zu führende Centralmarkenregister und den Publicationen aus dem letzteren nicht zu, da dieselben nur den Zweck einer für die Ueberwachung

---

[29]) Ueber die gleiche Gestaltung im deutschen Recht und über die abweichende Auffassung nach anderen fremdländischen Gesetzen vgl. Kohler, S. 158, dann 251 ff. Vgl. auch Meili, a. a. O. S. 23 ff.

und Leitung des Markenwesens und für die Bekanntmachung der Zeichen in weiteren Kreisen bedeutungsvollen Centralisation des Markenwesens verfolgen (vgl. Reg.-Motive zu § 17).[30]

Die bei der Anmeldung und Registrirung zu machenden Angaben sind den §§ 13 und 14 M.-Sch.-G. zu entnehmen. Sie müssen das Object des Markenrechtes genau identificiren, was nicht mittelst einer blos begrifflichen Darstellung (Beschreibung[31]) der Marke, sondern nur im Wege einer Deponirung des Markenbildes und bei Marken für Materialien[32]) überdies durch Deponirung von Probestücken mit aufgeprägten Markenbildern zulässig und erforderlich ist. Die Angaben müssen ebenso das Subject des Markenrechtes als wirthschaftlichen Träger eines producirenden oder Handelsunternehmens genau identificiren, daher den Namen oder die Firma des Anmelders, d. i. jenen Firmen- oder mit dem civilen Namen zusammenfallenden commerciellen Namen,[33]) unter welchem der Anmelder die markenberechtigte

---

[30]) Daher gelten nur die Angaben des Markenregisters und nur erstere sind einem Eingriffsstreite oder irgend einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit in Betreff einer Marke zu Grunde zu legen. Würde eine Handelskammer die Vorlage einer Marke an das Handelsministerium (§ 13, Al. 3) unterlassen, so könnte ein solches Uebersehen den rechtlichen Bestand des Markenrechtes nicht alteriren.

[31]) Daher sind die Beschreibungen, wie sie in den Publicationen des Central-Markenregisters vorkommen, ohne Bedeutung.

[32]) Bei Marken für Materialien, oder bei Marken, die in die Waare eingedrückt, beziehungsweise auf derselben aufgeprägt werden?

Ist Ersteres richtig, dann könnte der Zweifel aufgeworfen werden, ob für Materialien die Registrirung einer aufzuklebenden Etiquettenmarke zulässig ist. Für die zweite Auffassung spricht die alltägliche Erfahrung, dass auch für Materialien Etiquetten verwendet und registrirt werden.

[33]) Bei der Registrirung sollte darauf gesehen werden, dass in der Anmeldung der Name eines nicht protokollirten Producenten oder Kaufmannes den Vorschriften des § 49, Z. 1, 3—5 Gew.-O. entspreche. Eine gegen diese Vorschriften verstossende Registrirung dürfte aber den Bestand des Markenrechtes, selbst dann, wenn auf den Anmelder die Gewerbeordnung Anwendung findet, unberührt lassen, weil die Uebertretung der Norm des citirten § 49 zwar mit polizeilicher Ahndung, aber nicht mit civilrechtlicher Nichtigkeit bedroht ist. Eine Richtigstellung der Anmeldung und des Registers wird genügen; anders wenn ein solcher Name in der Marke vorkommt (s. den vorhergehenden Abschnitt 2).

Unternehmung betreibt, ferner die letztere unter Bezugnahme auf den Ort derselben und unter Hinweisung darauf, ob sie eine Productions- oder Handelsunternehmung[34]) ist, enthalten; sie müssen den Umfang des angesprochenen Markenrechtes in Bezug auf die zu unterscheidende Waare, daher die Waarenart oder zum wenigsten die Waarengattung, für welche die Marke bestimmt ist, sie müssen endlich jene genauen Daten, von welchen die Beurtheilung des giltigen Rechtserwerbes: der prioren Registrirung, abhängt, daher den Tag und die Stunde der Einreichung der Marke genau bezeichnen.[35])

Wie weit durch einen Verstoss gegen die Vorschriften der §§ 13 und 14 M.-Sch.-G. der Bestand eines eingetragenen Markenrechtes ganz oder theilweise alterirt wird, muss nach der Wesenheit des Fehlers in Bezug auf essentielle Erfordernisse eines giltigen Markenrechtes: Subject, Object, Priorität des Markenrechtes und dessen Umfang, also darnach, ob dadurch auch das mate-

[34]) Das Gesetz verlangt »die Bezeichnung der Unternehmung« (§ 14, lit. *d*), nicht »der Unternehmung oder Unternehmungen«, für welche die Marke bestimmt ist; daher kann der Zweifel aufgeworfen werden, ob eine Marke, die für mehrere Unternehmungen des Schutzwerbers in vollkommen identischer Erscheinung registrirt wurde — zumal im Hinblick auf den allgemeinen Grundsatz des § 9, Al. 1 M.-Sch.-G. —, als giltig angesehen werden kann. Diese Frage kann insbesondere bedeutsam werden bei der Beurtheilung, ob eine markenpflichtige Waare, z. B. Sense oder Sichel, oder ein Strohmesser, wenn mit einer für mehrere Unternehmungen eingetragenen »Generalmarke« bezeichnet, »mit einer im Sinne des Markenschutzgesetzes registrirten Marke« versehen ist (§ 6 M.-Sch.-G.).

[35]) Für die Glaubhaftigkeit dieser Angaben ist unter Anderen durch die Bestimmung des § 14, lit. *a* gesorgt, wonach das öffentliche Buch und jedes Exemplar der deponirten Marke mit der fortlaufenden Zahl des Registers zu versehen ist. Mancherlei andere Cautelen für die Glaubhaftigkeit des Registers, insbesondere in Bezug auf die Prüfung der Marken sind als vom Gesetze ohnehin stillschweigend vorausgesetzt durch einzelne Verwaltungsvorschriften, jedoch nicht Verordnungen, sondern interne Erlässe geregelt.

Bei der noch unfertigen Ausgestaltung der Gesetzesdurchführung wird es dieser Schrift selbst von autoritativer Seite nicht als Fehler angerechnet werden, wenn sie einstweilen auf die fraglichen internen Vorschriften, die bei Geller, Das Markenschutzgesetz vom 6. Jänner 1890, Wien 1891, abgedruckt erscheinen, nicht näher reflectirt.

rielle Recht verletzt wird, beurtheilt werden und darf man daher auf eine Untersuchung der einzelnen Fälle, in welchen Vernichtung oder Richtigstellung der bezüglichen Eintragung einzutreten hat, an dieser Stelle verzichten. Nicht schädlich ist es dem Bestande des Markenrechtes, wenn die von einer internen Instruction geforderte Angabe, in welcher Weise die Marke an der Waare angebracht wird, fehlt; auch beeinträchtigt die gemachte Angabe nicht die Rechte des Markenberechtigten aus § 11 M.-Sch.-G. Ohne Bedeutung für unsere Untersuchungen ist endlich auch das Erforderniss der Entrichtung einer Taxe für die Registrirung (§ 15 M.-Sch.-G.), weil es im System unseres Tax- und Gebührenwesens liegt, dass die Nichteinhaltung der Gebührenpflicht nur dann Nichtigkeit des gebührenpflichtigen Actes zur Folge hat, wenn das Gesetz dies ausdrücklich anordnet. Selbstverständlich aber kann die Behörde die Registrirung von dem vorherigen Erlage der Taxe abhängig machen.

Ad β) Priorität (und Markenunterscheidbarkeit).

§ 33, Al. 1, M.-Sch. G. verbürgt den auf Grund der bisherigen Vorschriften registrirten Marken, so lange sie in die Schutzfrist des § 16 fallen, auch ohne Neuregistrirung (Erneuerung) den Schutz des neuen Gesetzes. Diese Gesetzesstelle unterwirft solche Marken in Bezug auf ihre Schutzfähigkeit nicht den materiellen Bestimmungen des neuen Gesetzes, und da sie somit nach dem Kaiserl. Patente vom 7. December 1859 zu beurtheilen sind, so entscheidet für ihren Erwerb zwar grundsätzlich die Priorität der Anmeldung (§ 27 jenes Patentes in Verbindung mit § 12), die Priorität des Gebrauches aber (eventuell das Los) dann, wenn jede der strittigen Marken in der Zeit zwischen dem 1. Jänner und 30. Juni 1859 zur Registrirung gebracht wurde.

Dieser Grundsatz muss aber auf eine ältere Marke auch dann angewendet werden, wenn sie nach § 33, Al. 2, gehörig erneuert wurde, wie noch an gehörigem Orte dargethan werden wird.

Bei Concurrenz von Marken also, die seit dem ersten Semester des Jahres 1859 registrirt sind, wird ein Prioritäts-

streit nicht auf Grund der älteren Anmeldung, sondern auf Grund des älteren Gebrauches zu lösen sein, wenn sich ein Streittheil auf älteren Gebrauch beruft.

Ausser diesem Falle aber steht der frühere Gebrauch einer nicht in einem Freizeichen bestehenden Marke von Seite eines Dritten dem giltigen Erwerb des Alleinrechtes durch den Anmelder nicht im Wege (Arg. § 30 des Kaiserl. Patentes vom 7. December 1858).[36] Es entscheidet daher ausser dem angegebenen Falle für die Priorität des Markenrechtes nur der Zeitpunkt der Anmeldung.

§ 19 M.-Sch.-G. verordnet nämlich:

»Das Alleinrecht zum Gebrauche der Marke seitens des Hinterlegers beginnt mit dem Tage und der Stunde der Einreichung der Marke bei der Handels- und Gewerbekammer und wird hienach die Priorität des Anspruches beurtheilt, wenn die gleiche Marke von mehreren Schutzwerbern bei der nämlichen oder verschiedenen Handels- und Gewerbekammern hinterlegt worden sein sollte.«

Darnach ist der Zeitpunkt der Anmeldung in doppelter Beziehung von Bedeutung. Vor demselben kann das Alleinrecht des Anmelders nicht beginnen: Eingriffsverhandlungen, die ein Dritter vor diesem Zeitpunkte vorgenommen hat, bleiben ausser Verfolgung. Ferner hat eben die Anmeldung die Wirkung, dass von ihrem Zeitpunkte angefangen ein anderer Producent oder Kaufmann jene rechtmässig angemeldete Marke für die gleiche Waarengattung unbefugt nicht in Benützung nehmen kann,[37] und dass Jeder, der nach jenem Zeitpunkte die

---

[36]) Cass.-H. 29. März 1893. J.-M.-Vdgs.-Bl. 901: »Ausschliessliches Gebrauchsrecht einer Marke erwirbt Derjenige, der sie zuerst zur Registrirung bringt, sollte sich derselben ein Anderer auch schon vorher bedient haben.« Nur durch ein künftiges Gesetz, nicht auf Grundlage der geltenden Gesetze kann den schutzbedürftigen Interessen jener Gewerbetreibenden, deren nicht registrirte Marken als Kennzeichen ihrer Waare längst bekannt sind, gegen Raub Rechnung getragen werden. Heute finden wir den Grundsatz des § 9, Al. 1, M.-Sch.-G.: »Die Marke klebt an dem Unternehmen« noch nicht verwirklicht, er kann in mehr als einer Form umgangen werden.

[37]) Es ist Schuloff, a. a. O. S. 209, beizutreten, dass die Verfolgbarkeit eines wissentlichen Eingriffes schon mit dem Zeitpunkte der Anmeldung — nicht der Registrirung — beginnt.

gleiche Marke für die gleiche Waarengattung im Markenregister hinterlegt, dem ersten Anmelder weichen muss.

Er muss ihm weichen im ganzen Schutzgebiete der deponirten Marke; es ist daher auch, so lange Art. XVII des österreichisch-ungarischen Zoll- und Handelsbündnisses in Kraft steht, gleichgiltig, ob jede der beiden Marken oder eine derselben bei einer österreichischen oder bei einer ungarischen Handelskammer hinterlegt wurde.

Der Entscheidung der Prioritätsfrage ist zu Grunde zu legen:

1. der Zeitpunkt der Hinterlegung der beiden strittigen Marken, in Fällen der §§ 28 ff. Kaiserl. Patent vom 7. December 1858 auch ihres prioren Gebrauches,

2. die Frage, ob die hienach prioritätsjüngere Marke die »gleiche« ist wie die prioritätsältere,

3. die Frage, ob »Gleichartigkeit der Waarengattungen« besteht, für welche die beiden registrirten strittigen Marken nach dem Inhalte der Anmeldungen bestimmt sind.

Ad 1. Die Glaubhaftigkeit und Beweiskraft der auf den Zeitpunkt (Tag und Stunde) der Einreichung einer Marke bezüglichen Register-Einträge stehen unter denselben Grundsätzen, wie jene anderer öffentlicher Bücher. Nicht ausgeschlossen ist daher eine Anfechtung in legalem Wege wegen Fälschung der Eintragung, oder wegen sonst incorrecter Registerführung bei vorkommenden Radirungen oder Streichungen u. dgl.

Ad 2. Was als »gleiche« Marke, im Sinne des § 19 M.-Sch.-G. anzusehen sei, ist aus dem Wesen und Zweck der Marke und anderen mit § 19 zusammenhängenden Bestimmungen des Markenschutzgesetzes zu erklären.

Die Marke ist ein Mittel, dem Producenten, der die Waare in Verkehr bringt, oder dem Händler, der sie feilhält, die Beziehungen zur Kundschaft: das Absatzverhältniss bis zum letzten Abnehmer [38]) der Waare zu sichern. Als solches Mittel bezweckt die Marke die Waarenunterscheidung im Sinne des § 1 M.-Sch.-G. und jede Marke, welche im Verhältniss zu der speciellen Erscheinungsform einer geschützten oder prior geschützten Marke diesen Zweck versagt, eine Täuschung des letzten Abnehmers —

[38]) Vgl. Kohler, S. 287.

des gewöhnlichen Käufers — der Waare über die Provenienz derselben ermöglicht, zur Auffassung des gewöhnlichen Käufers, dass diese Marke das Erkennungszeichen der gesuchten Waare sei, Anlass geben kann, ist die geschützte, beziehungsweise prior geschützte Marke auch in einer unwesentlich geänderten Erscheinungsform, sie ist die »gleiche« Marke im Sinne des § 19 M.-Sch.-G.

Denn die Marke ist nicht allein das deponirte Markenbild, sondern jede in die Charakterisirungssphäre dieses deponirten Bildes fallende Erscheinungsform — Kohler, a. a. O. S. 271, »das Markenrecht gibt nicht nur das Recht auf die Marke, es gibt das Recht auf Charakteristik der Waare durch die Marke«; ebenso Cass.-H.-Plenar-Eg. 9. Februar 1892, J.-M.-Vdgs.-Bl. Nr. 733, »das Essentielle des Markenrechtes liegt im Charakterisiren der Waare durch die Marke« —, soweit diese Charakterisirungssphäre reicht, reicht die Individualität der geschützten Marke. Alle Differenzirungen, die diese Charakterisirung nicht aufheben — und dies sind jene, die »von dem gewöhnlichen Käufer der Waare nur durch Anwendung besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden können« (§ 25 M.-Sch.-G.) — machen die dadurch hervorgebrachte Erscheinungsform nicht zu einer von der geschützten Marke verschiedenen Marke. Durch solche Aenderungen darf die Authenticität der geschützten Marke nicht leiden: eine mit solchen Aenderungen versehene Marke ist die geschützte, oder wie § 19 sich ausdrückt, die der geschützten, beziehungsweise prior geschützten »gleiche« Marke oder die ihr »ähnliche Marke« (§ 18), welche der »identischen« Marke gleichsteht.

Man drückt dies in der Wissenschaft und Rechtsprechung mit dem Satze aus: »dass das Gesammtbild der Marke der Gegenstand des Markenrechtes, ihr Gesammteindruck der Effect ist, welcher dem Berechtigten vorbehalten sein soll« (Kohler, a. a. O. S. 278; Eg. C.-H. 30. Mai 1891 und 18. December 1891, im J.-M.-Vdgs.-Bl. Nr. 653 ex 1891 und 721 ex 1892, ebenso Hdls.-M. 16. März 1892 in Nr. 15 Jur. Bl. ex 1892). Man kann diesem Rechtssatze vollkommen beitreten, wenn man nur daran festhält, dass von dem Gesammtbild — der Gesammtdisposition — der geschützten, beziehungsweise prioritätsälteren

Marke auszugehen ist. Diese Klarstellung hat ihre Consequenzen in mannigfachen Beziehungen, so für die richtige Beurtheilung des Verhältnisses, wenn ein geschütztes einfacheres Merkzeichen in eine combinirte Marke, in eine Etiquette aufgenommen wird.

Sehr richtig bemerkt Kohler, a. a. O.: »Etwas anderes ist, ein Zeichen in seine Elemente zu zerlegen und daraus ein neues Zeichen zu bilden, und etwas anderes ist es, ein Zeichen in seiner Gesammtheit als Gesammtcomposition in eine neue Verbindung hinüberzunehmen.«

Der charakteristische Frauenkopf in der Kalodont-Marke der Firma F. A. Sarg's Sohn & Co. bleibt noch immer das Zeichen dieser Firma für Zahnseife, wenn auch ein Anderer dasselbe mit allen denkbaren Combinationen in Verbindung bringt und dadurch eine neue Etiquette hervorgebracht zu haben vermeint. Eine Etiquette, in welcher das charakteristische Bild des Andreas Hofer vorkommt, das sich die Firma Andre Hofer in Salzburg für Chocolade selbständig schützen liess, ist für Chocolade noch immer die gleiche Marke, wie jene des Salzburger Hauses.

Darum ist es unrichtig, wenn Schima in seinem in der Anmerkung [39]) citirten vortrefflichen Aufsatze in Nr. 35 Jur. Bl., S. 410, unter Berufung auf die wenig zutreffende Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. November 1884, Sammlg. 2305, [40]) einem selbständig registrirten Sinnbilde den Schutz gegen identische Aufnahme in eine dem Gesammtbilde nach verschiedene Etiquette [41]) wenigstens dann, wenn das Sinnbild nicht als Hauptbestandtheil herüber genommen wird, [42]) versagt.

Es wird vielmehr auf den besonderen Grad der Charakteristik des betreffenden Sinnbildes ankommen. Eigenartigkeit, Charakteristik der Marke in ihrem Verhältniss zur Waare liegt übrigens nach dem Standpunkte des geltenden Rechtes nicht schon in dem begrifflichen Erkennungsmerkmal eines Zeichens,

[39]) Dr. Karl Schima, Einige Beobachtungen über die Entwicklung des Markenschutzwesens in Oesterreich. Jur. Bl. Nr. 32—38 ex 1893.

[40]) Vgl. auch V.-G.-H. 3. März 1892, Budw. 6471.

[41]) Jur. Bl. ex 1893, S. 410.

[42]) Ebd. S. 411.

sondern nur in der registrirten Erscheinungsform desselben, so dass die manchmal im Handel vorkommende Benennung einer Schutzmarke ihrem Gegenstande nach (Lautmarke), z. B. Ankermarke für Bausteine, Pflug oder Lilie für Sensen u. dgl., nur ein unterstützendes Moment bei Vergleichung zweier Marken abgeben, nicht dem Berechtigten auf jeden Anker, jeden Pflug, jede Lilie ein Monopol gewähren kann (vgl. Schima, a. a. O. S. 410).

Wohl aber wird in manchen Fällen die Vervielfältigung eines Zeichens: die Bezeichnung der Waare mit zwei übereinanderstehenden Ankern, während sie der priore Markenbesitzer nur mit einem Anker bezeichnet, in die Charakterisirungssphäre des geschützten Zeichens fallen und daher unstatthaft sein.[43])

Ebenso ist unter der Charakteristik der registrirten Erscheinungsform wesentlich die Charakteristik der Zeichnung, nicht der Farbe zu verstehen,[44]) wenn nicht anders ganz ausser Zweifel steht, dass in den Augen eines jeden Consumenten gerade das Colorit — die Farbe oder Farbencombination — der Marke ihr charakteristisches Gepräge verleiht, was in manchen Fällen, in denen die Waare nur nach einem bestimmten Farbenzeichen, z. B. »schwarze Packung«, »rothes Kreuz« [45]) u. dgl. gesucht wird, oder in Fällen, in welchen eine Wort-, Buchstaben- oder Zahlenmarke erst durch Farbenzeichen zu einer schutzfähigen Individualmarke gestaltet [46]) und nur in dieser

---

[43]) Vorzuziehen dem § 25 und den betreffenden Absätzen der §§ 18 und 19 unseres Gesetzes ist die Fassung des Deutschen Reichsgesetzes zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894, § 20, welche nicht auf die »Aufmerksamkeit«, sondern auf die »Gefahr einer Verwechslung im Verkehre« Werth legt. Diese kann auch dann vorliegen, wenn der Gesammteindruck ein anderer ist, und deshalb kann die Meinung Landgraf's, S. 111, dass die bisherigen Grundsätze des Reichsgerichtes beizubehalten sein werden, nicht unanfechtbar erscheinen. Ihm scheint aber auch Seligsohn, S. 183—184, beizustimmen.

[44]) Vgl. Zur Auslegung des Gesetzes für das Deutsche Reich Seligsohn, S. 185—186.

[45]) Vgl. Schima, a. a. O. S. 423, vgl. auch über das Colorit als Marke Kohler, a. a. O. S. 320.

[46]) So auch ein Hdls.-M.-Erl. vom 1. März 1891, Z. 736, bei Geller, Seite 27.

Combination vom Verkehr als solche erfasst wird, zutreffen kann, aber selbstverständlich selbst in solchen Fällen nicht immer zutreffen wird. In der Regel fällt somit auch eine nur der Farbe nach geänderte Marke in die Charakterisirungssphäre der geschützten Marke und die Aenderung hebt die Verantwortlichkeit gegenüber dem Markenberechtigten nicht auf.[47])

Noch seltener wie die Differenzirung in der Farbe, wird die Differenzirung in der Sprache eines in der Marke vorkommenden Textes die Marke zu einer solchen gestalten, welche im Verhältniss zu der bereits geschützten Marke die Identifi-

---

[47]) Vgl. die etwas zu vorsichtig gefassten Egen. des C.-H. Nr. 653 ex 1891 und 933 ex 1892.

Vgl. auch den Erlass des k. k. Handelsministeriums vom 13. März 1892, Z. 57944 (Jahrgang 1892 der Oeffentlichen Verhandlungen der Handels- und Gewerbekammer in Wien, S. 103), der einige Missverständnisse, welche die früheren bei Geller, S. 36 und 37, abgedruckten Erlässe vom Jahre 1891 hervorgerufen haben, berichtigt. Darnach soll eine blos begriffliche oder beispielsweise Registrirung vermieden werden, weil nach den §§ 2 und 13 M.-Sch.-G. blos eine Marke Gegenstand der Registrirung sei und eben die registrirte Marke zum Gegenstande der Vergleichung mit anderen Marken zu dienen habe. Irrthümlich aber sei die Auffassung, »dass es, um gegen die Nachahmung einer registrirten Marke durch Ausführung derselben in anderen Farben geschützt zu werden, in allen Fällen der Registrirung der Marke in den betreffenden Farben bedürfe«. Deshalb müsse das Bedürfniss einer mehrfachen Registrirung dem Schutzwerber selbst überlassen bleiben, da »§ 25 M.-Sch.-G. auch gegen die Nachahmung des Markenbildes in einer anderen als der deponirten Farbe Schutz gewähre«, und es im Streitfalle dem richterlichen Augenschein anheimgestellt ist, zu beurtheilen, ob der Farbe eine charakteristische Bedeutung zukomme, »und im bejahenden Falle, ob der Unterschied in den Farben so gross ist, um eine strafbare Nachahmung als nicht vorhanden erklären zu können«.

Rückhaltsloser als die beiden vorcitirten Cassationsentscheidungen spricht sich neuerlich eine noch nicht publicirte Cassationsentscheidung vom 11. Jänner 1895, Z. 12879, aus, und noch rückhaltsloser in jener Form, in welcher von dem Vorsitzenden — siehe »Neue Freie Presse« vom 13. Jänner 1895 — die Motive mündlich vorgetragen wurden: »die Sache dürfe nicht so aufgefasst werden, dass eine Marke, die in der Farbe A registrirt ist, in der Farbe B reproducirt werden dürfe«.

Vgl. auch V.-G.-H. 6. Februar 1891, Budw. 5729.

Ueber die neue interessante Gestaltung im Deutschen Reich siehe Landgraf, S. 15 und 110.

cirung der Waare im Verkehre verhindert und somit auch die Marke nicht als die »gleiche« Marke im Sinne des § 19 M.-Sch.-G. erscheinen lässt. Denn nur die eigenthümliche Anordnung und Gruppirung der Schriftzeichen, die eigenartige typographische Ausführung kommt in der Regel bei der Beurtheilung des textlichen Theiles einer Marke, den der gewöhnliche Käufer der Waare, selbst wenn er lesen kann, nicht immer lesen will, in Betracht; auch ist die Marke grundsätzlich nicht auf ein einsprachiges Verkehrsgebiet beschränkt, und weil die Charakteristik und der Gesammteindruck der Marke nur dem Markenberechtigten geschützt ist, so kann auch nur ihm das Recht zustehen, derartige ganz unwesentliche Abänderungen, die in die Charakterisirungssphäre der Waare und somit in den Umfang seines Markenrechtes fallen, vorzunehmen.

Der Differenzirung in der Sprache steht die Differenzirung im Namen, in der Firmen- oder Ortsbezeichnung sowie in der Grösse gleich. In aller Regel wird weder die Hinzufügung [48]) einer anderen Namens- oder Ortsbezeichnung zu jener, die in der geschützten Marke vorkommt, noch die Substituirung einer solchen Bezeichnung durch eine von ihr verschiedene die Marke zu einer anderen Marke machen. [49]) Eine solche Hinzufügung oder Substitution ist sogar geeignet, eine Täuschung des Verkehres über die rechtlichen Verhältnisse des Markenunternehmens, dessen Erzeugnissen die Marke zur Unterscheidung dienen soll: als ob das Unternehmen und die Markenberechtigung dem Namenträger gehören, oder als ob der Letztere, der »Verkäufer, Vertreiber, Verbreiter der Waare«, oder der »Geschäftsnachfolger, Vertreter oder Concessionär des Markenberechtigten«, oder sein Commissionär wäre (Kohler, S. 280 und 281), herbeizuführen [50]) und sie steht auf einer Stufe mit

---

[48]) Ueber Hinzufügung im Allgemeinen vgl. Deutsches Reichsg.-Civ.-S. Bd. 6, S. 75: »Der Consument braucht solche Zuthaten« — als solche sind in der Entscheidung angeführt: Verzierungen, Worte, Zahlen oder auch andere Waarenzeichen — »nicht als Bestandtheile eines Waarenzeichens anzusehen.« Nur darauf komme es an, ob ihm das bekannte Waarenzeichen in seiner Individualität entgegentritt.

[49]) Vgl. auch Seligsohn, S. 184 unten.

[50]) Vgl. C.-H.-Plenar-Eg. 9. Februar 1892, J.-M.-Vdgs.-Bl. Nr. 733 ex 1892.

jenen Farbenänderungen, die darauf berechnet sind, den Schein zu erwecken, als ob unter der andersfärbigen und sonst identischen Marke dem Publicum eine bessere Qualität gleicher Provenienz geboten würde.[51])

Die Textänderungen muthen selbst dem Käufer, der lesen kann — die Marke ist aber auch für Analphabeten berechnet —, ein Lesenwollen und somit eine besondere Aufmerksamkeit zu, die § 25 M.-Sch.-G. perhorrescirt, und eben diese Aufmerksamkeit würde in der Regel auch eine Farbenänderung und selbst eine Grössenänderung voraussetzen, ganz besonders auch dann wenn mit der Grösse der Marke auch die Grösse jenes Paketes sich ändert, welches mit der Marke bezeichnet ist.

Und so ist im Verhältnisse zu einer bereits geschützten Marke als gleiche Marke im Sinne des § 19 M.-Sch.-G. in Verbindung mit den §§ 1, 18, 23 und 25 ibid. diejenige anzusehen, welche in einem noch so geringen Kreise[52]) der letzten Waarenabnehmer die Identificirung der so bezeichneten Waare mit der Waare des Markenberechtigten erzeugen kann.

Um diese Möglichkeit zu beurtheilen, muss sich im Streitfalle (§ 21, lit. *e*) und bei vorsorglichen Rathschlägen nach § 18 M.-Sch.-G. die Registerbehörde und ebenso im Eingriffsstreite der Richter, wie Kohler S. 286 und mit ihm die Rechtsprechung unseres Cassationshofes (s. Egen. im J.-M.-Vdgs.-Bl. Nr. 653 ex 1891, 721 ex 1892 u. a.) sehr richtig bemerkt, »in die Lage des kaufenden Publicums hineindenken und insbesondere in Betracht ziehen, dass das Publicum beide Marken nicht nebeneinander zu stellen pflegt, sondern dass dem kaufenden Theile gewöhnlich nur eine Marke vorliegt, während er die andere nur in der Erinnerung trägt«. Die erkennende Behörde muss sich somit auf den Standpunkt des gewöhnlichen Käufers (§ 25 M.-Sch.-G.) versetzen. Dass diese Prüfung leichter der Richter im Eingriffsstreit als die Registerbehörde bei Ertheilung eines

---

[51]) Vgl. Schima, a. a. O. S. 422.

[52]) Vgl. Kohler, S. 283 unten, wodurch der auf derselben Seite vorkommende Passus: »wenn . . . . eine Täuschung in erheblichem Masse zu erwarten ist, dann ist zu sagen, dass das eine Zeichen in die Charakterisirungssphäre des anderen eingreift« seine entsprechende Berichtigung findet.

avis préalable oder im Markenlöschungs-, beziehungsweise Annulirungsstreite vornehmen kann, davon das Nähere in einem späteren Capitel.

Ad 3. Nach § 1 M.-Sch.-G. dient die Marke zur Unterscheidung bestimmter Handelsartikel von anderen »gleichartigen« Handelsartikeln (Erzeugnissen oder Waaren). Nach § 7 schliesst das Alleinrecht an einer Marke nicht aus, dass ein anderer Unternehmer dieselbe zur Bezeichnung anderer Waarengattungen in Gebrauch nehme. Nach §§ 13 und 14 bildet die Angabe, für welche Waaren, beziehungsweise Waarengattungen die Marke bestimmt ist, ein wesentliches Erforderniss der Anmeldung und Registrirung, und nach § 18 setzt die Erlassung eines avis préalable voraus, dass eine mit der neu angemeldeten identische oder ähnliche Marke »für dieselbe Waarengattung« bereits besteht. Darum steht der Priorität des Rechtes auf eine Marke nicht im Wege, dass dieselbe schon Gegenstand einer älteren Anmeldung war, soferne sich nur diese ältere Anmeldung auf eine andere Waare oder Waarengattung als die jüngere Anmeldung (§ 7, Al. 2) bezieht oder zum Wenigsten nicht »Gleichartigkeit« der Waarengattung besteht. In Bezug auf den Begriff der Gleichartigkeit ist auf das bereits Gesagte — s. S. 16 — zu verweisen.

b) Forterhaltung und Uebergang des Markenrechtes.

Wir werden im nächsten Abschnitte hören, in welchen Fällen das obwohl giltig erworbene Markenrecht erlischt. In zwei dieser Fälle (§ 21, lit. *b* und *c*) kann aber der Erlöschung vorgebeugt, dem Markenrechte der Fortbestand gesichert werden.

Da die Registrirung einer Marke die Absicht des praktischen Gebrauches derselben und der Ausschliessung jedes Anderen von diesem Gebrauche voraussetzt, so verlangt das Gesetz die Bethätigung dieser fortdauernden Absicht durch Anmeldung der Beibehaltung der Marke zum öffentlichen Register in gewissen Fällen und Fristen. Darum ist die Marke durch jeweilige Erneuerung der Registrirung von zehn zu zehn Jahren aufrecht zu halten (§ 16 M.-Sch.-G.) und darum muss bei

einem Wechsel im Besitze des markenberechtigten Unternehmens der neue Besitzer die Thatsache, dass er das Markenrecht seines Vorgängers fortsetzen wolle, bei der Registerbehörde zur Anmeldung bringen; er muss bei sonstigem Verluste des Markenrechtes, wenn nicht anders das Unternehmen durch die Witwe oder einen minderjährigen Erben des Markeninhabers, oder für Rechnung einer Verlassenschafts- oder Concursmasse fortgeführt wird, binnen drei Monaten nach Besitzergreifung die Umschreibung der Marke auf seinen Namen bei der Registerbehörde verlangen.

Ist aber diese Bedingung erfüllt, so bedarf es keines abgesonderten auf die Marke oder das Markenrecht sich beziehenden Veräusserungsgeschäftes, keiner Tradition oder Cession, damit das Markenrecht auf den Nachfolger im Besitze des Unternehmens übergehe. Denn »das Markenrecht klebt an dem Unternehmen, für welches« — für dessen bei der Anmeldung anzugebende Waare — »die Marke bestimmt ist« (§ 9, Al. 1, M.-Sch.-G.). Das Markenrecht ist somit eine immaterielle Pertinenz des Geschäftsbetriebes und übergeht mit diesem auf dessen Nachfolger, soferne der Wille des Letzteren darauf gerichtet ist und nicht eine entgegengesetzte Parteien-Uebereinkunft im Wege steht. Nur auf die Grundsätze kommt es an, die schon im Abschnitte *a*, 1, dieses Capitels entwickelt wurden. Aus der Pertinenzeigenschaft des Markenrechtes sind die entsprechenden Consequenzen zu ziehen in Bezug auf Verpfändung und Zwangsveräusserung; in dieser Beziehung liegt keine Abweichung vor vom allgemeinen Civilrecht, wenn nur die Bedingungen der Translation des Markenrechtes nach §§ 9 und 20 M.-Sch.-G. zutreffen. [53])

c) Erlöschung des Markenrechtes.

Das Markenrecht erlischt:

1. Ueber Verzicht des Markenberechtigten. Der Verzicht muss sich in der Form eines Ansuchens um Löschung der Marke manifestiren (§ 21, lit. *a*, M.-Sch.-G.). Das Recht erlischt

---

[53]) Vgl. auch für das Deutsche Recht Seligsohn, S. 25, 80—81.

mit dem Zeitpunkte der Ueberreichung des schriftlichen oder der Protokollirung des mündlichen Löschungsgesuches;[54])

2. wenn die Marke durch ein die Waare, deren Unterscheidung sie dienen soll, producirendes, beziehungsweise vertreibendes Unternehmen nicht mehr gedeckt ist, mit dem Zeitpunkte, da dies eintritt; denn »das Markenrecht erlischt mit dem Unternehmen, für welches die Marke bestimmt ist« (§ 9, Al. 1, M.-Sch.-G.), und der offenbare Redactionsfehler im § 21 M.-Sch.-G., welcher die Anordnung der Löschung in diesem Falle übersehen hat, ist von keiner Bedeutung (vgl. Unger, System, I, S. 73 und 74). Nicht die Thatsache der Löschung, sondern ihre Ursache hat vernichtende Kraft, und ist diese eingetreten, so müssen zur Ordnung des Registers von der competenten Behörde die nöthigen Massnahmen getroffen werden;

3. wenn die Registrirung entgegen den Vorschriften des § 16 nicht rechtzeitig erneuert wurde (§ 21, lit. *b*, M.-Sch.-G.), mit dem Zeitpunkte der Versäumung der diesfälligen Anmeldung, welche zehn Jahre vom Tage und der Stunde der erfolgten, beziehungsweise erneuerten Anmeldung gerechnet, zu geschehen hat. Wohl drückt sich § 16 dahin aus, dass die Erneuerung von zehn zu zehn Jahren »vom Tage der Registrirung an gerechnet« zu erfolgen habe; da aber die erste Registrirung auf den Zeitpunkt des Tages und der Stunde der Hinterlegung der Marke bei der Registerbehörde zurückwirkt (§ 19), so muss dieser Zeitpunkt der Berechnung der Frist zu Grunde gelegt werden. In Bezug auf die Erneuerung einer vor dem Beginne der Wirksamkeit des neuen Gesetzes registrirten Marke s. Abschnitt *e*;

---

[54]) So auch für das Deutsche Recht Kohler, S. 294, 295 und 302. Indem er als Beendigungsgrund nicht die Löschung des Zeichens im Register, sondern die die Löschung bedingende Thatsache betrachtet, kommt er zu dem Resultate, dass eine Löschung ohne Löschungsgrund, etwa aus Versehen, Irrthum das Recht nicht zerstört und für den Rechtszustand bedeutungslos ist. Anders Meves, Das Reichsgesetz über den Markenschutz, Anm. 1 zu § 12. Es braucht kaum gesagt zu werden, wie dringend es geboten wäre, im Gegensatze zur heutigen Praxis der Registerbehörden für die Authenticität des Markenlöschungsgesuches Garantien zu verlangen.

4. wenn in den Fällen des § 9 die Umschreibung nicht rechtzeitig erfolgt ist (§ 21, lit. *c*, M.-Sch.-G.), d. i., »wenn der neue Besitzer binnen drei Monaten nach erfolgter Erwerbung des Besitzes die Marke nicht auf seinen Namen hat umschreiben lassen« (§ 9, Al. 2) mit dem Zeitpunkte, da die mit dem Besitze des Vorgängers verbundene wirthschaftliche Berechtigung verloren gegangen ist, daher nicht erst mit dem Zeitpunkte, da die Umschreibung versäumt wurde. Denn die Anmeldung zur Umschreibung hat nur den Zweck, den Willen zur Fortsetzung des Markenrechtes zu bethätigen, und erfolgt diese Willenserklärung nicht rechtzeitig, so ist eben eine Fortsetzung des Markenrechtes überhaupt nicht eingetreten: der Besitzvorgänger hat das Markenrecht verloren und der Besitznachfolger dasselbe niemals erworben. Die Anmeldefrist ist aber vom Zeitpunkte der Besitzveränderung zu berechnen, und ob und wann diese eingetreten ist (§§ 9 und 20, Al. 2), ist nach bürgerlichem Recht und soweit die Bedingungen zur Ausübung der Productions- oder Handelsberechtigung in Betracht kommen, nach den einschlägigen Vorschriften des öffentlichen Rechtes zu beurtheilen.[55])

Erlischt das Markenrecht, so ist dasselbe im Register zu löschen (§ 21, lit. *a—c*, in Verbindung mit § 9, Al. 1). Die Löschung ist aber nicht Voraussetzung des Einwandes der Erlöschung[56]) (vgl. Abschnitt *f*), und constitutiv wirkt die Löschung nur insoferne, als dem Berechtigten, so lange der Registereintrag nicht etwa wieder hergestellt ist, die Legitimation zur Geltendmachung eines Schutzrechtes fehlt.

d) Umfang des Markenrechtes.

A. Subjectiver Umfang.

Das Markenrecht erstreckt sich nur auf die Unternehmung (bei einer Besitzveränderung auch nur auf die identische Unternehmung) und nur auf die Waare oder Waaren-

---

[55]) Vgl. auch S. 17 dieser Schrift.

[56]) Auch Kohler, S. 325, bemerkt: »Die Löschung ist nur descriptiver Natur, sie hat keine materielle Vernichtungskraft.«

gattung, für welche die Marke nach Inhalt der Anmeldung bestimmt ist (§ 7, in Betreff der älteren Marken vgl. S. 16, 43 und 45 dieser Schrift).

B. Objectiver Umfang.

Das Markenrecht erstreckt sich auf die ganze registrirte Marke, nicht blos auf einzelne Theile derselben.[57]

Das Zeichen ist daher, als Ganzes betrachtet, schutzfähig, oder als Ganzes betrachtet, nicht schutzfähig.[58] Der Markenberechtigte kann jedoch auf Grund einer registrirten schutzfähigen Marke ein Verbietungsrecht gegen jene Personen nicht ausüben, die nur die eines selbständigen Markenschutzes unfähigen Markentheile zur Waarenbezeichnung anwenden oder nur zu solcher Anwendung diese Theile nachmachen.

Der objective Umfang des Markenrechtes umfasst, wie wiederholt betont wurde, nicht blos das registrirte Markenbild, sondern darüber hinaus Alles, was in die Charakterisirungssphäre des registrirten Markenbildes fällt. Daher ist nur dem Markenberechtigten selbst, nicht einem Dritten, die Anwendung der Marke mit solchen Aenderungen, die noch in ihre Charakterisirungssphäre fallen, vorbehalten, und die unbefugte Anwendung einer solchen Marke durch einen Dritten oder deren Registrirung für einen Dritten ist rechtswidrig.

e) Ausnahmsstellung der nach älteren Vorschriften registrirten Marken.

§ 33, Al. 1, M.-Sch.-G. bestimmt, dass die nach den älteren Vorschriften registrirten Marken, so lange sie noch in die Schutzfrist des § 16 fallen, ohne neuerliche Registrirung den nach diesem Gesetze »geltend zu machenden Schutz« geniessen.

Damit ist implicite ausgesprochen, dass der Bestand des ausschliesslichen Gebrauchsrechtes an einer Marke, welche unter

[57]) »Der Markenschutz erstreckt sich auf das ganze registrirte Markenbild, nicht blos auf einzelne Theile desselben, mögen diese auch in dem Gesammtbilde speciell durch die Ueberschrift »Schutzmarke« hervorgehoben sein« (Eg. Hdls.-Min. 16. März 1892 und 4. Juni 1893 in den Jur. Bl. Nr. 15 ex 1892, und 49 ex 1893).

[58]) Vgl. Kohler, S. 325.

§ 33, Al. 1 fällt, ausschliesslich nach den materiellen Bestimmungen der älteren Vorschriften — der Vorschriften des Kaiserl. Patentes vom 7. December 1858 — zu beurtheilen ist, und auch in formaler Beziehung durfte nicht gefordert werden, dass solche Marken neuerlich anzumelden sind, denn sie geniessen den Schutz des neuen Gesetzes »ohne neuerliche Registrirung«.

Daher wird der Besitzer einer älteren Marke auf Grund einer nach den Vorschriften des Kaiserl. Patentes vom 7. December 1858 rechtsgiltigen Registrirung den Schutz der §§ 23, 25—29 des neuen Gesetzes in Anspruch nehmen dürfen, und eine Ueberprüfung dieser Registrirung auf Grund der Vorschriften des neuen Gesetzes wird nicht statthaft sein. Seine Marke ist giltig, wenn sie zur Zeit der Registrirung den Vorschriften der §§ 1, 3 und 6 Kaiserl. Patent vom 7. December 1858 entsprochen hat; es wäre denn, dass sie etwa erst nach dem Inslebentreten der Gewerbenovelle vom Jahre 1884 registrirt worden wäre und ihr ein nicht schon bei der Registrirung erkennbar gewesener Mangel nach dieser Gesetzesnovelle anhaftet. Der Erwerb einer älteren Marke ist giltig, wenn sich eine Person auf denselben beruft, welcher die Vorschriften der §§ 1 und 5 Kaiserl. Patent vom 7. December 1858 nicht entgegenstehen und wenn die Vorschriften der §§ 12, 27—30 nicht verletzt sind. Die ältere Marke geniesst den Schutz des neuen Gesetzes in jenem subjectiven Umfange, in welchem ihr derselbe nach § 4 Kaiserl. Patent vom 7. December 1858 gesichert ist. Ihr objectiver Umfang richtet sich nach den Grundsätzen des neuen Gesetzes, weil er zu dem aus der Marke »geltend zu machenden Schutze« gehört.

Anders beurtheilen das Recht auf ein älteres Waarenzeichen in Bezug auf die Giltigkeit des Rechtsobjectes Handelsministerium[59]) und Verwaltungsgerichtshof[60]), wenn die Marke nach § 33, Al. 2, erneuert wurde. Mit Unrecht!

§ 33, Al. 2, des Gesetzes vom 6. Jänner 1890 befiehlt nicht mehr als die nach Ablauf von drei Monaten, vom Tage der

---

[59]) Eg. 15. Juni 1892, Jur. Bl. Nr. 28 ex 1892.

[60]) V.-G.-H. 18. December 1891, Budw. 6319, und 18. Juni 1892, Budw. 6682.

Wirksamkeit dieses Gesetzes gerechnet, in Vollzug zu setzende Streichung jener Marken, welche beim Inslebentreten des Gesetzes seit mehr als zehn Jahren registrirt sind, wenn sie nicht binnen dieser Frist zur Neuregistrirung gebracht wurden. Dass diese Marken nur unter der Voraussetzung als erworben anzusehen sind, wenn sie den Bestimmungen des neuen Gesetzes entsprechen, könnte man im günstigsten Falle nur dann annehmen, wenn unter der »Neuregistrirung« eine die bisherige Registrirung beseitigende Registrirung verstanden wäre — die bestehende Registrirung müsste vernichtet und eine neue vollzogen werden — derart, dass das Recht erlischt und ein neues Recht erworben wird.

Das ist aber gewiss nicht der Gedanke des Gesetzes, schon deshalb, weil dadurch die älteren Marken um ihre Priorität gebracht worden wären. Hätte das Gesetz eine neue Registrirung, welche die Anmeldung auf ihre materielle Richtigkeit zu prüfen hat, vorschreiben wollen, so hätte sich dasselbe dahin ausgedrückt, dass die Marke nach Ablauf der angegebenen Schutzfrist aus dem Register zu streichen ist, **und** dass es ihrem Eigenthümer freisteht, dieselbe bis dahin neuerlich zur Registrirung zu bringen. Der Verzicht auf eine Streichung, wenn die Marke zur Neuregistrirung gebracht wird, ist etwas anderes als die Anordnung einer Neuregistrirung, die naturgemäss eine Streichung der bestehenden Eintragung voraussetzt. Da das Gesetz eine Streichung der Marke aus dem Register nicht gestattet, wenn deren Eigenthümer die Bedingungen des § 33, Al. 2, erfüllt, so kann unter der »Neuregistrirung« in dieser Gesetzesstelle nichts anderes verstanden werden, als die im § 16 vorgezeichnete »Erneuerung« — und dieser Terminologie bedient sich auch das k. k. Handelsministerium bei der praktischen Handhabung des § 33, Al. 2, M.-Sch.-G. —, für welche nur die normale Frist von zehn Jahren, falls dieselbe bei dem Inslebentreten des Gesetzes bereits abgelaufen sein sollte, um drei Monate hinausgerückt wird.[61]) Einen anderen Sinn darf

---

[61]) Trotz des dreimonatlichen Respiro wirkt aber die Versäumung der Erneuerung nach den zu § 16 entwickelten Grundsätzen auf den Tag des Inslebentretens des Gesetzes zurück.

man auch in die Regierungs-Motive zu § 33 nicht hineinlegen. Wenn in denselben vorkommt: »die bisher zur Registrirung gelangten Marken bleiben nach Massgabe der Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes in Kraft, sie unterliegen der Vorschrift des § 16 (periodische Erneuerungen) und werden bei diesem Anlasse auch die sonstigen Bestimmungen des Gesetzes in Anwendung zu kommen haben«, so wollte damit nur hervorgehoben werden, erstlich, dass auch die älteren Marken, die nach den bisherigen Vorschriften einer Erneuerung nicht bedurften, nunmehr der periodischen Erneuerung unterliegen, zweitens, dass die erste Erneuerung bei sonstigem Verluste des Markenrechtes mit dem im § 33, Al. 2, angegebenen Zeitpunkte zu beginnen habe, und drittens, dass gelegentlich dieser Erneuerung nicht die formalen Registrirungsvorschriften der §§ 9—11 des älteren, sondern jene der §§ 13—15 des neuen Gesetzes zu beobachten sein werden. Insbesondere muss der Markenberechtigte bei Erneuerung der Registrirung die in den Umfang des § 4, Kaiserl. Patent vom 7. December 1858, fallenden Waarengattungen angeben[62]) und die Registerbehörde wird sich dabei nach § 14 M.-Sch.-G. zu benehmen haben.

Dass die Regierungs-Motive, die übrigens bei Auslegung eines aus einer parlamentarischen Behandlung hervorgegangenen Gesetzes nur eine sehr untergeordnete Bedeutung in Anspruch nehmen könnten, die älteren Markenberechtigten nicht um ihre wohlerworbenen Rechte bringen wollten, muss umso eher angenommen werden, als es keinen vernünftigen Sinn gehabt hätte, einer etwa erst am 18. Mai 1890 registrirten, nach dem neuen Gesetze fehlerhaften Marke den Schutz bis zum 18. Mai 1900 zuzugestehen, einer ebenso beschaffenen, aber noch am 1. Jänner 1859 registrirten Marke den Schutz sofort zu versagen.

Auch die modernen Anschauungen über die Anwendung des § 5 a. b. G.-B. »Gesetze . . . . haben . . . . auf vorher

[62]) Der Markenberechtigte kann hiebei den Schutz seiner Marke nicht auf eine von ihm erst nach dem 19. Mai 1890 eingeführte Waarengattung ausdehnen. Für eine solche käme ihm nicht die ursprüngliche Priorität zu Statten, er müsste für die neue Waare ein neues Markenrecht anmelden.

erworbene Rechte keinen Einfluss« führen zu demselben Resultate.

In Bezug auf die Fähigkeit der Person ist überhaupt nichts zu erwähnen, weil diese durch das neue Gesetz erweitert, nicht eingeschränkt wird. Was die Giltigkeit des Objectes betrifft, so ist für die Beurtheilung derselben massgebend, dass hier Privat- und öffentliches Recht in Concurrenz treten und dass das letztere zu Gunsten der geltend gemachten Ansicht den Ausschlag gibt. Wenn eine seit Altersher bekannte und geschützte Marke aus einem öffentlichen Wappen (§ 3, Z. 3 M.-Sch.-G.) besteht, das nicht zu den Staats- oder Länderwappen gehört (§ 3 Kaiserl. Patent vom 7. December 1858), oder wenn sie ohne Recht einen Bestandtheil enthält, zu dessen Benützung § 4 M.-Sch.-G. den Nachweis der Berechtigung fordert, so wird sie als geschützte, dem Prohibitivrechte eines Einzelnen unterworfene Marke den Verkehr noch lange nicht so arg benachtheiligen, wie in dem Falle, wenn sie — soweit nicht die Gewerbeordnung im Wege steht — als Gemeingut von jedem Producenten oder Händler angewendet werden kann: die Täuschung des Verkehres über die Provenienz der Waare wiegt mehr als der Verstoss gegen das Princip der Markenwahrheit.

Belangend endlich Titel und Erwerbungsart des Markenrechtes ist es ohnehin ein auch im Privatrechte hergebrachter, allgemein anerkannter Grundsatz, dass die Bedingungen des Rechtserwerbes in dieser Beziehung nach jenem Gesetze zu beurtheilen sind, unter dessen Herrschaft das Recht erworben wurde. Gesetze, die sich auf den Erwerb eines Rechtes beziehen, wirken nicht zurück. Und darum wird voraussichtlich der in dieser Schrift vertheidigte Rechtssatz, dass (selbst erneuerte) Marken, die in der Periode 1. Jänner bis 30. Juni 1859 registrirt wurden, unter den Voraussetzungen der §§ 27—30 Kaiserl. Patent vom 7. December 1858, nach diesem Patente zu beurtheilen sind, auch bei Jenen keinen Widerspruch finden, die in Bezug auf den Bestand solcher Marken vom Standpunkte der Beurtheilung des Rechtsobjectes anderer Meinung sind.

f) Ausnahmsstellung der Marken ausländischer Unternehmungen.

Inwieferne das Markenrecht der Unternehmungen einzelner fremder Staaten von einzelnen Erfordernissen des Markenschutzgesetzes ausgenommen ist, ist nach den mit den betreffenden Staaten geschlossenen Verträgen[63]) zu beurtheilen (§ 32 M.-Sch.-G.).[64])

g) Nichtige Registereinträge.

Wir haben in den Abschnitten *a—f* dieses Capitels gehört, von welchen materiellen Voraussetzungen Entstehung, Bestand, Fortbestand und Erlöschung des Markenrechtes (des ausschliesslichen Gebrauchsrechtes an einer Marke) abhängig sind und wie weit der Umfang des Markenrechtes reicht.

Sind die materiellen Voraussetzungen der Entstehung und des Bestandes eines obwohl registrirten Markenrechtes nicht vorhanden,[65]) so ist der Registereintrag ein ungiltiger: er ist ex tunc zu vernichten. Fehlen die materiellen Voraussetzungen des Fortbestandes, oder sind jene Thatsachen eingetreten, welche die Erlöschung des Markenrechtes zur Folge haben, so ist gleichfalls der Registereintrag zu löschen und der

---

[63]) Siehe die Zusammenstellung bei Baron Weigelsperg, Compendium der auf das Gewerbewesen bezugnehmenden Gesetze, Verordnungen und sonstigen Vorschriften, 3. Aufl., Wien 1890, S. 709 ff. und Nachtrag 1891, S. 29. Ferner v. Beck-Mannagetta, Das öst. Patentrecht. Berlin 1893, S. 73 ff.; Feigl, Das Markenschutzgesetz. Wien 1894, S. 86—100, auch S. 60—63; vgl. zu dieser Lehre Schima, a. a. O. Jur. Bl. ex 1893, S. 448, und Egen. Hdls.-Min. und V.-G.-H. Jur. Bl. ex 1892, Nr. 13, S. 149; Nr. 14, S. 164; ex 1894, Nr. 46, S. 544 und Nr. 49, S. 583.

Ueber internationales Markenrecht im Allgemeinen, Kohler, S. 412 bis 429.

[64]) Eine nähere Darstellung des internationalen Markenrechtes scheint uns dermalen noch nicht geboten, weil dem Vernehmen nach eine Markenschutz-Gesetznovelle in Aussicht steht, welche gewisse Bestimmungen, die ausländischen Unternehmungen als Begünstigungen zugestanden sind, auch auf das Inland ausdehnen soll.

[65]) Sie sind es nämlich nicht, wenn sie nicht schon zur Zeit der betreffenden Anmeldung vorhanden waren, und nach dem Zeitpunkte der Anmeldung ist ihre Gesetzlichkeit zu prüfen.

Zeitpunkt, mit welchem die Löschung als wirkend oder rückwirkend zu betrachten ist, richtet sich nach den in dem Abschnitte über Erlöschung des Markenrechtes angegebenen Grundsätzen.

Ist der subjective Umfang des Markenrechtes ein engerer als jener, welcher nach Inhalt der Registrirung angenommen werden könnte, so ist nur eine Restriction des Registereintrages vorzunehmen: die nach § 14, lit. *d*, geführte Rubrik des Markenregisters »Waare, für welche die Marke bestimmt ist«, ist bei der betreffenden Marke mit der Wirkung ex tunc zu berichtigen. Der objective Umfang des Markenrechtes bezieht sich, wie bereits erwähnt, nur auf das ganze Markenbild, eine allfällige Nichtigkeit ergreift die ganze Marke, die Aufrechthaltung nur eines Theiles derselben in der registrirten Priorität ist unzulässig.[66]

Von allen diesen Nichtigkeiten ist aber jene, welche sich auf Priorität und Mangel der Unterscheidbarkeit der Marke stützt, in dem Sinne eine blos relative, dass der Nichtigkeitsgrund, wenn nicht anders der Thatbestand einer Fälschung oder sonst incorrecten Registerführung vorliegt, nur über Rüge des prioren Besitzers des Markenrechtes berücksichtigt werden darf. In einem Prioritätsstreite auf Grund des § 29 Kaiserl. Patent vom 7. December 1858, war demjenigen, der sein Markenrecht auf älteren Gebrauch stützte, die Beweislast in Ansehung dieser Thatsache und dadurch die Rolle des Klägers zugewiesen. Dasselbe Princip gilt aber, da die Registrirung unter dem Anmeldesystem ein dem Besitz analoges Verhältniss schafft, auch dann, wenn das Recht auf eine Marke wegen Mangels der Unterscheidbarkeit mit einer prioritätsälteren Marke angefochten werden soll: die Inanspruchnahme der Priorität ist Voraussetzung der Prioritätsklage, daher muss die später hinterlegte Marke der früher hinterlegten nur über Antrag des älteren Anmelders weichen; Klage und Einrede ex jure tertii sind unstatthaft. Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht auch die aus den §§ 18, 19 und 26 hervor-

---

[66]) Vgl. auch Kohler, S. 325.

leuchtende Tendenz des Gesetzes, welche die Wahrung des eigenen und des mit demselben sich deckenden öffentlichen Interesses ausschliesslich in die Hände des Markenberechtigten legt; es spricht dafür auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, indem der damalige Handelsminister Marquis Bacquehem, der die Gesetzvorlage vertrat, in der 347. Sitzung der X. Session des Abgeordnetenhauses am 13. Mai 1889 die Verwerfung des Vorprüfungsverfahrens u. a. damit rechtfertigte, dass bei einem solchen »in manchen Fällen der Markenanmelder eines Vortheils beraubt werden würde, der ihm vielleicht vom Besitzer der vermeintlich nachgemachten Marke gar nicht streitig gemacht werden will«.[67]) Deshalb wurde dem avis préalable nicht nur vor der Vorprüfung, sondern auch vor dem Aufgebot der Vorzug gegeben.

Der hier eingenommene Standpunkt ist auch jener des Handelsministeriums (Eg. 16. März 1892, Nr. 54755 ex 1891) und der Rechtsprechung der Straf- und Oberlandesgerichte, die in dieser Beziehung bisher vom Obersten Gerichts- als Cassationshofe noch keine Correctur fand.[68])

[67]) Siehe diese Rede auf Seite 78 bei Geller, l. c., der aber die Reichsrathsverhandlungen nur unvollständig und deshalb auch theilweise sinnstörend zum Abdruck gebracht hat.

[68]) Denselben Standpunkt nahm schon das ältere Markenschutzgesetz für das Deutsche Reich vom 30. November 1874, § 11, ein und denselben Standpunkt wahrt das neue reichsdeutsche Gesetz zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894, § 9: »Ein Dritter kann die Löschung eines Waarenzeichens beantragen: 1. wenn das Zeichen für ihn auf Grund einer früheren Anmeldung für dieselben oder für gleichartige Waaren in der Zeichenrolle oder in den nach Massgabe des Gesetzes über den Markenschutz vom 30. November 1874 geführten Zeichenregistern eingetragen steht.« Zur gleichlautenden Bestimmung des § 8 des ersten Entwurfes äussert sich die Denkschrift (siehe Neuzeit, 1892, Nr. 38, S. 544): »So lange zwei identische Zeichen nebeneinander stehen, haben sie nach Aussen hin volle Wirksamkeit, und derjenige, welcher das Zeichen unbefugt benutzt, kann auch dem späteren Anmelder gegenüber sich der Verantwortlichkeit nicht mit dem Einwande entziehen, dass einem Anderen ein besseres Recht auf das Zeichen zustehe.«

Aber auch der österreichische Verwaltungsgerichtshof hat in seine Entscheidung vom 30. April 1891, Budw. 5924, den Rechtssatz aufgenommen: »Wer kein Recht auf die Marke hat, ist auch zur Annullirungsklage nicht legitimirt.«

Steht aber auch die Klage »wegen täuschungsfähiger Aehnlichkeit mit einer prioritätsälteren Marke« — so benennt diese Klage die Praxis — nur demjenigen zu, dem das Zeichen auf Grund einer früheren Anmeldung für dieselbe Waare oder Waarengattung eingetragen ist, so ist im Uebrigen die Wirkung der ersiegten Markenannullirung dieselbe wie jene auf Grund eines absoluten Nichtigkeitsgrundes: das Annullirungserkenntniss stellt fest, dass dem jüngeren Anmelder aus seiner Anmeldung schon zur Zeit derselben »kein Anspruch« (§ 19) auf die Marke, kein Markenrecht zustand und auch eine Unterlassung der Klage durch längere Zeit steht der Vernichtung der Marke ex tunc nicht im Wege.

Von dem auf Priorität und Mangel der Markenunterscheidbarkeit gestützten Nichtigkeitsgrunde abgesehen sind alle sonstigen Nichtigkeitsgründe absoluter Natur: ihre Berücksichtigung ist von einem Parteiantrage nicht abhängig. Ihre Berücksichtigung kann aber durch die Principien der Rechtskraft administrativer Entscheidungen eine Einschränkung erfahren, wovon das Nähere später.

B. Formelles Recht.

Das Recht auf die Schutzmarke als Voraussetzung des Rechtes aus der Schutzmarke ist in seiner Entstehung, wie wir gehört haben, an die Anmeldung der Marke zum öffentlichen Register und an die dieser Anmeldung entsprechende Registrirung gebunden. Das öffentliche Register verfolgt aber überdies den Zweck, die für das eingetragene Recht relevanten Thatsachen: Aenderung des Rechtssubjectes (§§ 9 und 20), Aenderung des subjectiven Umfanges der Markenberechtigung durch Berichtigung der Rubrik »Waarengattung«, Fortdauer des sonst in gewissen Fällen erlöschenden Rechtes (§§ 9 und 16) und seine Endigung (§§ 21 und 9, Al. 1) offenkundig werden zu lassen, und Rechte, die entweder überhaupt nie bestanden haben oder seit einer gewissen Zeit nicht bestehen, soweit die Voraussetzungen zu einer diesbezüglichen Feststellung vorliegen, nicht länger im Register festzuhalten.

Somit müssen Behörden in Thätigkeit gesetzt werden nicht nur, um eine erste Eintragung oder eine Erneuerung derselben zur Entstehung zu bringen, sondern auch um nachher die durch die Sachlage gebotenen Richtigstellungen des Registers vorzunehmen. Letztere sind nothwendig, weil die Registrirung der Marke nur bedingt ein Recht verbürgt, nur in Bezug auf die Möglichkeit der Entstehung constitutiv, in Bezug auf den Bestand des Rechtes declarativ,[69]) oder wenn diese Ausdrucksweise nicht Jedem gefällt, bedingt constitutiv wirkt und den Einträgen im Register überhaupt nur bedingte Glaubhaftigkeit zukommt.

Im Rahmen des bestehenden Anmeldesystems ist dies ohnehin schon nach der Seite des giltigen Erwerbungsactes nicht anders möglich, aber auch nach der Seite des fähigen Subjectes oder Objectes können neu hervorkommende Umstände, welche bei der Registrirung der Marke nicht bekannt waren, oder Umstände, von welchen die Endigung oder Fortdauer des Rechtes abhängig ist, die aber der Registerbehörde unbekannt blieben oder von ihr übersehen wurden, zu einer Richtigstellung des Registers führen.

Es galt daher vorerst im Markenschutzgesetze jene Behörden anzugeben, die zu einer Verfügung oder Entscheidung berufen sind, von welcher entweder eine erste oder erneuerte Eintragung im Markenregister oder eine Aenderung im Registerstande abhängig ist, sei es durch Löschung wegen Endigung des eingetragenen Rechtes oder wegen Constatirung, dass dasselbe gar nie bestanden habe oder seit einem bestimmten Zeitpunkte nicht mehr bestehe, sei es durch Berichtigung des Registers dort, wo eine Berichtigung erforderlich ist.

Das neue Markenschutzgesetz hat Alles, was sich auf die Registerführung bezieht, und Alles, worauf die letztere beruht: die Entstehung, Forterhaltung und Endigung des Markenrechtes, sowie den Bestand desselben und seinen subjectiven Umfang zum Gegenstande ausschliesslich administrativer Feststellung

---

[69]) Vgl. für das Deutsche Recht Gareis und Fuchsberger, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, Berlin 1891, S. 87, und die dort citirten Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichtes.

und implicite[70]) administrativer Rechtsprechung (Gesetz vom 22. October 1875, Nr. 36 R.-G.-Bl.), den Schutz des Markenrechtes zum Gegenstande richterlicher Judicatur gemacht.

Im alten Markenschutzgesetze war dies anders: dort war mit Ausnahme der Entschädigungsansprüche, die zur Competenz des Civilrichters gehörten (Kaiserl. Patent vom 7. December 1858, § 3, Al. 3), Alles der instanzenmässigen Entscheidung der politischen Behörden überlassen, die auch »die vorkommenden Streitigkeiten über das Markenrecht, dessen Priorität und Uebertragung und über die Frage hinsichtlich der Identität mehrerer Marken« zu entscheiden hatten (Kaiserl. Patent vom 7. December 1858, § 23, Al. 2).

Dieser letztere hier fettgedruckte Passus ist in dem analogen § 30 M.-Sch.-G., welcher einzelne das Markenrecht betreffende Streitigkeiten[71]) der ausschliesslichen Zuständigkeit des Handelsministers unterwirft, hinweggeblieben und konnte und musste hinwegbleiben, weil die Frage hinsichtlich der Identität mehrerer Marken, wenn sie in einem Eingriffsstreite auftaucht, der richterlichen Beurtheilung unterliegt (§§ 23, 25 und 26 M.-Sch.-G.), wenn sie aber eine Aenderung im Stande des Registers herbeiführen soll, ohnehin sich zu einer Frage des ausschliesslichen Gebrauchsrechtes des eingetragenen Berechtigten, zu einer Frage nach dem Bestande seines Markenrechtes zuspitzt und somit in Ansehung der behördlichen Zuständigkeit schon durch die §§ 30, Al. 1, und 21 Abs. *e*, geregelt erscheint.

Das Recht auf die Schutzmarke ist somit ausschliesslich Gegenstand administrativer Feststellung. Zu derselben beruft das Markenschutzgesetz (§§ 7, 13, 14, 17, 19, 20, 21, 22 und 30) die Handels- und Gewerbekammern und den Handelsminister, deren Entscheidungen und Verfügungen unbeschadet aller privatrechtlichen Verhältnisse ergehen, wie dies durch Art. XV St.-G.-G. vom 21. December 1867, Nr. 144 R.-G.-Bl., über

---

[70]) Denn eine Abweichung vom allgemeinen Recht kommt im Markenschutzgesetze nicht vor.

[71]) Vgl. in dem Bezugsabsatz *e* des § 21 verba: »infolge eines im Streite über den Bestand des Markenrechtes erflossenen Erkenntnisses des Handelsministers — § 30«.

die richterliche Gewalt bedingt ist. Sie unterliegen, soweit diese staatsgrundgesetzliche Norm nicht zur Anwendung kommt und die Voraussetzungen des Gesetzes vom 22. October 1875, Nr. 36 R.-G.-Bl. ex 1876, §§ 2, 3 und 5 vorhanden sind, der Rechtscontrole durch den Verwaltungsgerichtshof.

Der Wirkungskreis des Handelsministers — wir sehen in dieser Schrift mit Rücksicht auf den Zweck derselben von seinen Befugnissen nach den §§ 6 und 18 M.-Sch.-G. ab — ist in Bezug auf das Markenrecht ein zweifacher: ein rechtspolizeilicher, in welchem er als Berufungs- und Aufsichtsbehörde (§ 17 M.-Sch.-G. und Gesetz vom 29. Juni 1868, Nr. 85 R.-G.-Bl., § 3), als leztere in manchen Fällen ausschliesslich entscheidet, und — soferne die Ausdrucksweise auch in einem administrativen Verfahren zulässig ist — ein judicieller, in welchem das Gesetz, unbeschadet der erwähnten Rechtscontrolen, ausschliesslich ihn zur Entscheidung beruft.

Beide Wirkungskreise und damit zugleich die Zuständigkeit der Handels- und Gewerbekammern sind, wie folgt, abzugrenzen.

Die Registrirung einer Marke (§§ 13 und 14) gehört zur Zuständigkeit der Handels- und Gewerbekammer, in deren Bezirk die markenberechtigte Unternehmung liegt (§ 13). Zur Zuständigkeit der Kammer, bei welcher eine Marke bereits eingetragen ist, gehört auch die Erneuerung derselben nach den §§ 16 und 33, die Umschreibung nach § 9 (§ 20) und die Löschung in den Fällen lit. *a*, *b* und *c* des § 21. Analog ist anzureihen der Fall einer Löschung, wenn die Marke durch ein Unternehmen nicht mehr gedeckt ist (§ 9, Al. 1).[72]

[72]) Ebenso wird es keinem Zweifel unterliegen, dass statthafte Berichtigungen einzelner Rubriken: wenn der Markenberechtigte in gesetzlichem Wege eine Aenderung seines Namens oder seiner Firma erwirkt, wenn er in einem den Bestand seines Markenrechtes nicht ergreifenden Masse den Umfang seines Gewerberechtes beschränkt hat — er hat die Tapetenfabrication beibehalten, die Erzeugung von Buntpapier aufgegeben —, wenn er den Umfang seines für eine ganze Waarengattung eingetragenen Markenrechtes auf eine specielle Waarenart selbst einschränkt, von der Handels- und Gewerbekammer vorzunehmen sind. Bei ihr können auch Ergänzungen der einzelnen Rubriken, so in der Rubrik »Anmerkungen« der Vermerk, dass die Berechtigung zur Führung besonderer Zeichen nach § 4 M.-Sch.-G.

Gegen die Versagung einer Registrirung, Erneuerung oder Umschreibung[73]) steht dem Einschreiter, gegen die verfügte Löschung nach § 21, lit. *a*, *b*, *c*, oder § 9, Al. 1, dem von derselben Betroffenen der Recurs an den Handelsminister offen.

Wurde die Registrirung, Erneuerung oder Umschreibung einer Marke[74]) von der Handelskammer bewilligt, so kann diese ihre eigene Entscheidung, durch welche der Partei ein Recht erwachsen ist (Arg. aus der Verordnung des Ministers des Innern vom 30. August 1868, Nr. 124 R.-G.-Bl.), nicht abändern, wohl aber kann der Handelsminister im Aufsichtswege, wenn die betreffende Eintragung zu verweigern war, anlässlich der Entscheidung ob dieselbe in das Central-Markenregister aufzunehmen ist, diese Eintragung ex tunc vernichten.

Wurde eine Löschung nach § 21, lit. *a—c*, oder § 9, Al. 1, übersehen, so hat die Handelskammer, sobald sie das Versehen wahrnimmt, amtzuhandeln; sie kann in solchen Fällen auch vom Handelsminister im Aufsichtswege zur instanzenmässigen Verhandlung und Verfügung verhalten werden.

Nach erfolgter Aufnahme einer Eintragung in das Central-Markenregister kann dieselbe, wenn sie nicht nach §§ 21, lit. *a—c*, oder 9, Al. 1, zu löschen ist, nur auf Grund eines Erkenntnisses des Handelsministers gelöscht werden.

Dieses Erkenntniss kann erfliessen:

1. von Amtes wegen,
2. über Parteiantrag.

Ad. 1. Von Amtes wegen kann der Handelsminister, und zwar ausschliesslich dieser auf die Löschung einer Marke erkennen, wenn dieselbe »nach den §§ 3 und 4 M.-Sch.-G. nicht hätte registrirt werden sollen«, wenn sich herausstellt, dass sie den Erfordernissen dieser beiden Gesetzesstellen nicht entspricht.

---

durch ein bestimmtes Document nachgewiesen wurde, oder in der Rubrik »Unternehmung« der Vermerk, dass der Berechtigte einen besonderen Etablissementnamen geschützt sehen will, verlangt werden.

[73]) Oder einer der vorerwähnten vom Markenberechtigten selbst verlangten Berichtigung oder Ergänzung einer Rubrik des Markenregisters.

[74]) Oder eine vom Markenberechtigten verlangte Berichtigung oder Ergänzung einer Registerrubrik.

Wenn also — um einige Beispiele anzuführen — selbst nach der im Central-Markenregister geschehenen Ersichtlichmachung der Registrirung einer Marke hervorkommt, dass das Bildniss, beziehungsweise Wappen, aus welchem die Marke ausschliesslich besteht, das Bildniss eines Mitgliedes des kaiserlichen Hauses, beziehungsweise ein Staats- oder anderes öffentliches Wappen ist (die Registerorgane mögen das Contrefait, beziehungsweise die Qualität des Wappens bei Prüfung der Anmeldung nicht gekannt oder erkannt haben), oder dass die Figur, aus welcher die Marke besteht, nicht ein Bild, sondern ein nicht schutzfähiges Schriftzeichen[75]) vorstellt, oder dass der Marke Freizeichenqualität zukommt, oder dass sie ein unerlaubtes Zeichen ist, so ist ausschliesslich der Handelsminister berufen, auf die Löschung einer solchen Marke zu erkennen.[76])

Dasselbe ist der Fall, wenn sich selbst nach Aufnahme der Marke in das Centralregister herausstellt, dass ein in ihr enthaltenes besonderes Zeichen (§ 4) dem Anmelder nicht zusteht, was leicht zutreffen kann, wenn bei der Registrirung ein Nachweis der Berechtigung zur Benützung des betreffenden Zeichens fehlte, oder der beigebrachte Nachweis formell illegal, oder sein Inhalt materiell unzureichend war.

Analog dem Absatze *d* des § 21 ist zu behandeln der Fall, wenn eine Marke entgegen den im § 32 M.-Sch.-G. bedingt vorausgesetzten Vorschriften des betreffenden fremdländischen Rechtes »über die Zusammensetznng und äussere Gestaltung der Marken« (vgl. Gesetz vom 6. December 1891, Nr. 23 R.-G.-Bl. ex 1892, Art. 6) für einen ausländischen Unternehmer eingetragen wurde.[77])

---

[75]) Ueber Schriftzeichen fremder Sprachen s. Kohler, S. 197; Meves, Pkt. 2 zu § 3; Landgraf, S. 24; Seligsohn, S. 55.

[76]) Der Grund für diese Zuständigkeitsnorm mag darin zu suchen sein, dass jene speciellen Verhältnisse, von welchen die Beurtheilung der Marke nach den §§ 3 und 4 abhängig ist, der Centralmarkenregisterbehörde, bei welcher die monatlichen Berichte aller Handelskammern einlangen und alle Fäden zusammenlaufen, am besten bekannt sein werden.

[77]) In diesem Falle hat der Handelsminister das materielle Recht des Auslandes selbständig zu beurtheilen (vgl. z. B. obigen Art. 6 des

Der fragliche Nullitätsgrund aus den §§ 3 und 4 darf aber nicht schon bei der Aufnahme der Marke in das Centralregister erkennbar gewesen sein, wenn der Handelsminister zu einer Entscheidung nach § 21, lit. *d*, noch berechtigt sein soll. Denn wenn auch eine Entscheidung des Handelsministers, die den Bestand des Markenrechtes auf Grund der §§ 3 und 4 M.-Sch.-G. anerkennt, eine spätere Negirung desselben grundsätzlich nicht ausschliesst, so kann gleichwohl nach den Grundsätzen der Rechtskraft administrativer Entscheidungen ein solcher nachträglicher Ausspruch nur auf Grund eines neuen Thatbestandes erfolgen. Ein Eintrag, aus welchem der Partei ein formelles Recht erwachsen ist, kann daher auf Grund des § 21, lit. *d*, nur dann aufgehoben werden, wenn der unter eine Bestimmung der §§ 3 und 4 fallende Fehler nicht schon bei Registrirung der Marke, beziehungsweise bei ihrer Aufnahme in das Centralmarkenregister erkennbar und somit nicht schon damals Gegenstand der Cognition der beiden betheiligten Markenbehörden war.[78]

Um es in einem absichtlich drastisch gewählten Beispiele zu veranschaulichen: Wenn eine Marke, deren Sinnbild weidende Kühe darstellt, ausdrücklich für Margarin eingetragen und in das Central-Markenregister aufgenommen wurde,[79] so kann ihr Schutz nicht nachträglich aus dem Grunde widerrufen werden, weil das Bild auf ein Naturproduct hinweist. Denn dass die Marke für ein Kunstproduct bestimmt war, musste nothwendig aus der Anmeldung »für Margarin« schon bei der Registrirung allen an derselben betheiligten Organen offensichtlich erkennbar gewesen sein.

Die Richtigkeit des Gesagten ergibt sich auch aus dem Wesen der materiellen Vorprüfung, die sich im Markenrechte auf alle Erfordernisse eines giltigen Registereintrages, ledig-

---

Vertrages mit dem Deutschen Reich, wornach die Versagung der Eintragung einer dort registrirten Marke nicht ausgeschlossen ist), ebenso wenn es sich um einen anderen absoluten Nichtigkeitsgrund handelt.

[78]) Vgl. über den Grundsatz der Rechtskraft adminstrativer Entscheidungen V.-G.-H. 19. December 1887, Budw. VI, 361.

[79]) Die Aufnahme einer solchen Marke wurde von unserem Centralmarkenregister verweigert.

lich mit Ausschluss des Erfordernisses der Markenunterscheidbarkeit, erstreckt.

Wenn ein Gesetz an eine materielle Vorprüfung nicht andere Wirkungen knüpft, verbürgt dieselbe die Wahrheit des geprüften Thatbestandes und die Gesetzmässigkeit des darauf gegründeten und beurkundeten Anspruches — hier die Fehlerfreiheit der registrirten Marke — soweit, als der relevante Umstand schon prima facie geprüft werden konnte und pflichtgemäss von der competenten Behörde geprüft werden musste. Soweit diese Voraussetzung zutrifft, ist aus der Eintragung der Marke dem Schutzwerber ein unanfechtbares Recht erwachsen.

Ad 2. Ueber Parteiantrag ist ausschliesslich der Handelsminister zu einer Entscheidung berufen »im Streite über den Bestand des Markenrechtes« (§§ 21, lit. *e*, und 30, Al. 1), gleichgiltig ob das letztere (das ausschliessliche Gebrauchsrecht an der Marke) wegen mangelnder Priorität, oder Uebertragung des Markenrechtes, oder aus einem anderen relativen oder absoluten Nichtigkeitsgrunde in Frage gestellt wird, daher auch aus Gründen, die im Allgemeinen der amtswegigen Berücksichtigung (auch § 21, lit. *d* gehört hieher) unterliegen, oder ausserhalb eines Parteienstreites zur instanzenmässigen Entscheidung der Handelskammer gehören würden, und gleichgiltig endlich, ob der Bestand des Markenrechtes in seiner Gänze, oder nur in Bezug auf seinen subjectiven Umfang: in Bezug auf die Waarengattung, auf die sich das Markenrecht erstreckt, in Streit gezogen wird.

Nicht beirren darf uns der Wortlaut des § 30, Al. 1, der wegen der Satzfügung: »über die Frage, ob Jemandem das ausschliessliche Gebrauchsrecht an einer Marke zustehe, sowie über die Priorität .....« die Deutung zulassen könnte, dass Priorität und Uebertragung nicht Voraussetzungen des originären, beziehungsweise derivativen Markenrechtes, sondern selbstständige Begriffe neben jenem des ausschliesslichen Gebrauchsrechtes an einer Marke seien. Kann ja auch der nächstfolgende Absatz: »über die Frage, ob eine registrirte Marke von einem Dritten für eine andere Gattung von Waaren benützt werden könne«, nicht nach seinem Wortlaute interpretirt werden, da

diese Frage niemals eine zweifelhafte sein wird und nur darüber ein Streit entbrennen kann, ob die Waare des Dritten zur Waarengattung, für welche die Marke geschützt ist, gehört, ob Gleichartigkeit der Waarengattung besteht (§ 7). Das Gesetz vom Jahre 1890 knüpft in der Art seine Redigirung an das Gesetz vom Jahre 1858 an, welches ein politisches Gesetz war und auf welches die Auslegungs-Maxime Unger's (System, 4. Auflage, S. 74), dass man offenbar versetzte Worte in gehörige Ordnung bringen, aus Versehen eingeschlichene Worte auslassen müsse, vortrefflich passt. Sind wir uns einmal klar darüber, dass »Markenrecht« und »ausschliessliches Gebrauchsrecht an einer Marke«, wie nachgewiesen wurde, synonyme Ausdrucksweisen sind,[80]) und dass die Behörde alle gesetzlichen Erfordernisse dieses Rechtes, eventuell seinen subjectiven Umfang prüfen muss, wenn sie über den »Bestand« dieses Rechtes zu entscheiden hat, so können wir uns keiner anderen Lesart des im § 21, lit. *e*, citirten § 30, Al. 1, anbequemen, als der: »über die Frage, ob Jemand das ausschliessliche Gebrauchsrecht an einer registrirten Marke zusteht, sei es auch wegen streitiger Priorität oder Uebertragung dieses Rechtes, ferner über die Frage, ob die Waare, für die ein Dritter die registrirte Marke benützt, mit der Waarengattung, für welche diese geschützt ist, gleichartig ist, erkennt der Handelsminister«.

Voraussetzung dieses Erkenntnisses ist ein »Streit« (§ 21, lit. *c*) und da in dieser Gesetzesstelle offenbar nicht an einen Streit zwischen der Partei und einer Behörde gedacht sein kann, ein Parteienstreit in einem contradictorischen Verfahren, womit allezeit die Handelskammer nichts zu thun hat, und womit sie schon deshalb nicht befasst werden konnte.

Wer zur Anhängigmachung dieses Streites: zur Erhebung der Klage legitimirt ist, kann wieder nicht aus dem Wortlaute des § 30, Al. 1, M.-Sch.-G., nicht aus den Worten: »über die Frage, ob Jemand das ausschliessliche Gebrauchsrecht an einer Marke zustehe«, zum wenigsten nicht aus diesem Wortlaute allein beantwortet werden. Die Bestimmung des § 30, Al. 1, ist nur eine Zuständigkeitsnorm, die Frage nach der

[80]) Vgl. im geltenden Gesetze §§ 2, 3, 7, 9, 13, 19, 20, 21 *d*, 23 und 30.

Legitimation der Parteien eine Frage des materiellen Rechtes.

Die Frage ist aus dem Wesen der Klage des § 21, lit. *e*, zu beantworten.

Das Recht und der Anspruch auf die Marke ist ein den Condemnationsanspruch aus derselben bedingender: ein Präjudicialanspruch. Die Klage ist eine Präjudicial- oder Feststellungsklage, »weil sie eine Vorfrage zur Entscheidung bringt, welche für andere Rechtsverhältnisse und Rechte massgebend (präjudiciell) ist« (Unger, System, 4. Aufl., 2. Bd., S. 372). Es ist nun zu untersuchen, ob das Markenschutzgesetz eine affirmative oder negative Feststellungsklage, oder beide zulässt, und ob nicht doch die Klage auch auf Condemnation gerichtet sein kann. In dieser Beziehung wollen wir zur besseren Klärung zwei Fälle:

a) den Streit über den »Bestand« des Markenrechtes in seiner Gänze, und

b) den Streit über die Frage, auf welche Waaren sich das Markenrecht erstreckt (§ 7),

auseinanderhalten.

Ad *a*. Sowie jede Klage überhaupt, so setzt auch die Feststellungsklage ein durch das Urtheil der competenten Behörde befriedigungsfähiges Interesse voraus (vgl. u. A. Wach, Der Feststellungsanspruch, Leipzig 1889, S. 51 f., insbesondere S. 54). Der Markenrechtsbesitzer hat an einer Feststellung (an einem Präjudiz), dass seine Marke zu Recht bestehe, überhaupt kein Interesse, weil ihn der Registereintrag zu allen mit seinem behaupteten Markenrechte verbundenen Handlungen, zur Geltendmachung aller Rechte aus der Marke ohnehin legitimirt. Dagegen hat Derjenige, gegen welchen ein aus diesem Rechte fliessender Anspruch erhoben, oder der von der Erhebung eines solchen Anspruches bedroht ist, das durch das Urtheil der competenten Behörde befriedigungsfähige Interesse an der Feststellung der Nichtexistenz: des »Nichtdagewesenseins oder Nichtmehrdaseins« jenes Rechtes (Unger, a. a. O. Anm. 14 *a*).

Er ist des Ausspruches bedürftig, dass das behauptete Recht des Markenprätendenten nie zu Recht bestanden habe,

oder seit einer gewissen Zeit nicht mehr zu Recht bestehe. Dadurch ist seine Legitimation von selbst gegeben und seine Klage ist reine Feststellungs-, nicht auch Condemnationsklage, weil im Falle seines Obsiegens die Löschung der Marke nur eine obligatorische Rechtsfolge der Feststellung ist. § 21 sagt es deutlich, dass »die Löschung erfolgt«: (lit. *c*) »in Folge eines im Streite über den Bestand des Markenrechtes erflossenen Erkenntnisses des Handelsministers«, dass somit die Löschung nur von einem Erkenntnisse, dass das Markenrecht nicht bestehe, nicht aber von einem darüber hinausgehenden, auf Löschung selbst gerichteten Parteiantrage abhängig ist. Es ist dasselbe Verhältniss, wie wenn nach dem Hofdecrete vom 23. August 1819, Nr. 1595, J.-G.-S. § 19, der Richter nach eingetretener Rechtskraft eines die Ungiltigkeit oder Trennung einer Ehe aussprechenden Erkenntnisses von amtswegen für die Eintragung desselben im Trauungsbuche Vorsorge trifft.

Somit haben wir eine mit dem Condemnationsbegehren nicht verbundene negative Feststellungsklage kennen gelernt, die stets auf Feststellung der Nichtigkeit des eingetragenen Markenrechtes gerichtet ist. Sie kann von Jedem erhoben werden, der an der Feststellung ein durch dieselbe befriedigungsfähiges Interesse hat, somit von jedem Producenten oder Händler, der die auf Grund eines absoluten Nichtigkeitsgrundes angefochtene Marke zur Bezeichnung der gleichen Waarengattung wie Geklagter nach Inhalt seiner Anmeldung gebrauchen will, und ebenso von jenem Markenberechtigten, der für seine Marke gegenüber einer identischen oder ähnlichen Marke die Priorität der Anmeldung oder nach Massgabe der §§ 26—30, Kaiserl. Patent vom 7. December 1858, die Priorität des Gebrauches in Anspruch nimmt.

Das Feststellungsinteresse kann übrigens anstatt durch Klage durch einen gegen den giltigen Bestand des Markenrechtes im strafrechtlichen Eingriffsprocesse erhobenen Einwand geltend gemacht werden, wovon das Nähere im IV. Capitel dieser Schrift.

Und nun wollen wir untersuchen, ob das Markenschutzgesetz auch die affirmative Feststellungsklage: die Klage auf Nicht-Nichtigkeit, die Klage des durch Registereintrag legiti-

mirten Markenberechtigten, dass sein Markenrecht giltigen Bestand habe, zulässt.

Die Frage ist zu bejahen in allen Fällen, in welchen der Kläger ein durch das begehrte Urtheil befriedigungsfähiges Interesse an der Feststellung hat, und zu verneinen in jenen Fällen, in welchen ein auf diesem Wege befriedigungsfähiges Interesse nicht besteht.

Der Markenbesitzer, dem die Giltigkeit seines Markenrechtes von einem Dritten aus dem Grunde bestritten wird, weil ihm eine fähige Rechtssubjectivität zum Erwerb der Marke abgehe, oder weil seine Marke kein fähiges Object des Markenschutzes sei, oder weil die Fixirung des Zeitpunktes seiner Priorität im Markenregister auf einer Fälschung oder sonst incorrecten Registerführung beruht, ist nicht erst genöthigt, einen allfälligen Eingriff in sein Markenrecht unter den Voraussetzungen der §§ 23 und 25 M.-Sch.-G. zu verfolgen und eine bei Gericht zu erhebende Einwendung des Neganten gegen den Bestand seines Markenrechtes abzuwarten; er kann auch schon früher die Feststellung, dass sein Markenrecht giltigen Bestand habe, beim Handelsminister verlangen, weil dieser, und zwar (§ 30, Al. 2) nur dieser »zur Entscheidung jener Vorfrage berechtigt ist, welche für das geltend zu machende Recht massgebend (präjudiciell) ist« (Unger, l. c.).

Nicht aber kann demjenigen ein Recht auf eine Feststellung des Handelsministers zuerkannt werden, der lediglich mit der Behauptung auftritt, dass ihn ein registrirtes Markenrecht an der Benützung einer auch für ihn, aber in späterer Rangordnung eingetragenen Marke für die gleiche Waarengattung nicht hindere. Ihm ist die Klage beim Handelsminister auch dann versagt, wenn er dieselbe in die Form kleidet, dass seine Marke neben der Marke des prioritätsälteren Besitzers zu Recht bestehe.

Denn das Interesse an dem blossen Gebrauch der Marke ist in diesem Falle nur durch ein Erkenntniss des competenten Richters befriedigungsfähig, nicht durch ein Erkenntniss des Handelsministers.

Wir werden diesen Satz, auf den wir auch im vorletzten Capitel dieser Schrift zurückkommen, im letzten Capitel ein-

gehender begründen. So wie dorten verweisen wir aber schon an dieser Stelle darauf, dass der Handelsminister nach dem abstracten Register entscheidet, dass er die bei dem letzteren hinterlegten Marken vergleicht und dass daher sein Erkenntniss für den Richter, der nach der concreten Sachlage entscheidet, der die Vergleichung der Marken, so wie sie wirklich angewendet wurden,[81]) vornimmt, schon aus diesem Grunde von keiner präjudiciellen Bedeutung sein könnte. Es fehlt daher in Ansehung des Gebrauchsrechtes schlechtweg an dem, was das Wesen eines Präjudicialerkenntnisses ausmacht: an der präjudiciellen Kraft des Erkenntnisses.

Was aber das Recht des prioritätsjüngeren Markeninhabers, Andere von dem Gebrauch seiner Marke auszuschliessen, betrifft, so ist dasselbe überhaupt einer Feststellung nicht bedürftig: weder kann ihn der prioritätsältere Markenberechtigte, so lange er die Nichtigerklärung der jüngeren Marke nicht herbeigeführt hat, an Eingriffsklagen hindern, noch kann gegen solche Klagen eine Einwendung ex jure tertii erhoben werden, wie schon an anderer Stelle ausgeführt wurde.

Ad *b*. Nach §§ 7 und 30, Al. 1, entscheidet ausschliesslich der Handelsminister nach Einvernehmung der Handels- und Gewerbekammer, wenn über die Gleichartigkeit der Waarengattung, für die ein Unternehmer die einem Anderen geschützte Marke in Gebrauch nimmt oder nehmen will, ein Zweifel besteht.

---

[81]) Wollte man de lege ferenda durchaus eine Feststellungsklage darüber, ob eine registrirte Marke unter den objectiven Umfang des Rechtes auf eine älter registrirte Marke falle, zulassen, so müsste Voraussetzung dieser Klage die Vorlage der prioritätsjüngeren Marke in jener Gestalt sein, in welcher sie thatsächlich geführt wird, nicht in jener, in welcher sie registrirt ist, und die Klage müsste vor dasselbe Forum verwiesen werden, vor welches die Eingriffsklage gehört. Eine solche Klage würde aber einer richtigen juristischen Construction nicht entsprechen (vgl. das Capitel vom Gebrauchsrecht an einer Marke), und sie ist schon aus dem legislativ-politischen Grunde abzulehnen, dass derjenige, der eine von fremden geschützten Waarenzeichen durchaus unterscheidbare Marke gewählt hat, einer Feststellung nicht bedürftig ist, und dass gerade die Zulassung einer solchen Klage sehr irrige Anschauungen über das Wesen und den Zweck der Marke und daher auch über den Markenschutz hervorrufen müsste.

Auch diese Entscheidung setzt einen Streit und Parteiantrag schon nach der Norm des § 21, lit. *e*, und auch deshalb voraus, weil die Thatsache, dass »eine mit einer neu angemeldeten identische oder ähnliche Marke für dieselbe Waarengattung bereits besteht«, nur zu einem avis préalable nach § 18 M.-Sch.-G., nicht aber zu einer amtswegigen Inhibirung der neu angemeldeten Marke führen kann.

Die Citation des § 13 am Schlusse des § 7 ist daher nicht etwa als Hinweisung auf eine amtswegige Vorprüfung der Registerbehörde in Ansehung der Gleichartigkeit der Waaren aufzufassen, sie will nur andeuten, dass vor der Entscheidung des Handelsministers die Einvernehmung jener Kammer zu erfolgen hat, die für die Registrirung zuständig war.

Der Parteiantrag kann vom Markenberechtigten gegen den vermeintlichen Eingreifer und gegen den jüngeren Markenberechtigten, ebenso umgekehrt von diesen Beiden gegen den Ersteren erhoben werden. Hier wird nämlich der Entscheidung des Handelsministers eine Frage unterbreitet, über welche derselbe nach §§ 7 und 30 in einer den Strafrichter präjudicirenden Weise zu entscheiden berufen ist.

Das Erkenntniss ist blos Feststellungserkenntniss, weil eine Verurtheilung zur Unterlassung des der Feststellung widersprechenden Markengebrauches nur dem Richter zusteht.

Eine allfällige Berichtigung des Markenregisters aus Anlass der Feststellung steht unter demselben Gesichtspunkte, wie die Markenlöschung in dem ad *a* behandelten Falle (Arg. § 21, Eingang in Verbindung mit lit. *e*).

Soviel von der Zuständigkeit der Behörden, die zu Verfügungen und Entscheidungen in Betreff des Rechtes auf die Marke berufen sind.

Das Verfahren, nach welchem diese Behörden vorzugehen haben, ist im Gesetze nicht geregelt. Sie sind daher an die im Allgemeinen für das administrative Verfahren gegebenen Vorschriften gebunden, können aber auch in allen von amtswegen wahrzunehmenden Fällen, namentlich bei Erhebungen und Feststellungen über die Identität des markenberechtigten Unternehmens anlässlich eines Markenumschreibungsgesuches die Grundsätze des gerichtlichen Verfahrens ausser Streitsachen

(Kaiserl. Patent vom 9. August 1854, Nr. 208 R.-G.-Bl.) in den durch ihre Machtmittel gezogenen Grenzen zur analogen Anwendung bringen.

Sowohl im ausserstreitigen Verfahren, als auch in jenem nach § 21, lit. *e*, wird die Verfügung oder Entscheidung des Handelsministeriums am ehesten gegen eine erfolgreiche Anfechtung beim Verwaltungsgerichtshofe nach § 6 des Gesetzes vom 22. October 1875 gesichert sein, wenn der — obwohl heute durch die Gesetzgebung noch nicht voll gewährleistete — Grundsatz beobachtet wird, dass kein die Rechte der Partei directe oder indirecte berührender Ausspruch ergehen soll, ohne dass ihr vorher zur Aeusserung und Aufklärung und zur Mitwirkung bei Feststellung des dem Ausspruche zu Grunde zu legenden Thatbestandes Gelegenheit gegeben wurde.

In Streitigkeiten nach § 21, lit. *e*, befolgt das Handelsministerium heute die Praxis, dass der bezügliche Antrag der Gegenpartei zur Aeusserung innerhalb einer angemessenen, gewöhnlich 30tägigen, jedoch erstreckbaren Frist zugestellt wird und in verwickelteren Fällen auch Replik und Duplik zugelassen werden.

Selbst Anzeigen, die ein amtswegiges Vorgehen des Handelsministeriums provociren, werden in der Regel der Gegenpartei zur Beantwortung zugestellt, und selbst wenn ausser diesem Falle das Handelsministerium von Amtswegen vorzugehen findet (§ 21, lit. *d*), wird dem Betheiligten nicht selten zur Aufklärung Gelegenheit gegeben.

Nicht gerechtfertigt scheint es uns, dass das Handelsministerium, bevor dasselbe zur Entscheidung einer Klage auf Nichtigerklärung einer Marke wegen Identität oder täuschungsfähiger Aehnlichkeit einer älteren Marke schreitet, jederzeit Sachverständige — obendrein ohne Intervention der Betheiligten — anhört. Die Subsumtion einer Marke unter das Gesetz ist eine Rechtsfrage[82]) und zur Theilnahme an der Entscheidung einer solchen können Sachverständige nicht berufen sein.

Nur dann hätte ihre Vernehmung einen Werth, wenn sie über einzelne ins Gewicht fallende Thatfragen Auskünfte geben

[82]) Cass.-H. 30. Juni 1894, Z. 5502, und 11. Jänner 1895, Z. 12879 ex 1894. V.-G.-H. 5. März 1885, Budw. 2439.

oder bei einem mitconcurrirenden Zweifel nach § 7 M.-Sch.-G. — vgl. § 18 — zu dem Gutachten der Handelskammer einen Beitrag liefern könnten.

Auch dann, wenn das Handelsministerium über die Giltigkeit eines Markenrechtes oder seines subjectiven Umfanges auf Anlangen des Gerichtes zufolge der Aufwerfung einer Vorfrage im Markenstrafprocesse nach § 30, Al. 2, entscheidet, hat dasselbe die für das Administrativverfahren geltenden Grundsätze zu befolgen (V.-G.-H. 19. April 1893, Z. 1070).

Bei welchen Gerichten und unter welchen Voraussetzungen die Verfügungen und Entscheidungen des Handelsministeriums angefochten werden können, wurde bereits angedeutet: je nach Gestalt der Sache beim Verwaltungsgerichtshofe oder beim ordentlichen Gerichte.

Die Competenz des Verwaltungsgerichtshofes in Ansehung von Marken, die in Oesterreich registrirt sind, daher auch von hierlandes registrirten Marken ausländischer Unternehmungen wird durch das staatsrechtliche Verhältniss zu Ungarn nicht berührt, weil Art. XVII des mit Ungarn abgeschlossenen Zoll- und Handelsbündnisses die Entscheidungen und Verfügungen in Markensachen an ein Einvernehmen mit einer Verwaltungsbehörde der anderen Reichshälfte nicht bindet und daher § 3, Abs. *d*, des Gesetzes vom 22. October 1875 der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes nicht im Wege steht.

Auch macht es in Betreff der Competenz des Verwaltungsgerichtshofes keinen Unterschied, ob die Entscheidung des Handelsministers durch Klage oder Anzeige, durch Einwendung im Markenstrafprocesse oder durch amtswegige Aufwerfung einer Vorfrage in demselben provocirt wurde.

Schuloff's[83]) Ansicht, dass in diesen letzteren Fällen die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof ausgeschlossen sei, »weil die Entscheidung, im Zuge des Strafverfahrens getroffen, gleichsam als ein Bestandtheil des letzteren anzusehen sein wird«, findet keinen Anhalt im Gesetze, weil der Verwaltungsgerichtshof »in allen Fällen« zu erkennen hat, in denen Jemand durch eine gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung

---

[83]) A. a. O. Jur. Bl. ex 1890, S. 208.

einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet (Ges. vom 22. October 1875, § 2), die Ausnahmen von dieser Regel in diesem Gesetze oder in anderen Gesetzen enthalten sein müssen, wenn die Competenz des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschlossen sein soll und das Markenschutzgesetz eine solche Ausnahme nicht enthält. Auch würde die Annahme, zu der consequenter Weise Schuloff gelangen müsste, dass eine rechtsirrthümliche Entscheidung des Handelsministers als Bestandtheil des Strafverfahrens einer Correctur durch den Cassationshof im Sinne des § 281, Z. 9 *a* und *c*, Str.-Pr.-O., unterliege, mit der Vorschrift des § 30, Al. 2, M.-Sch.-G., die den Strafrichter unter den dort angegebenen Voraussetzungen an die Rechtsansicht des Handelsministers bindet, im Widerspruch stehen.[84])

Nur dann ist die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschlossen, wenn es bei einem Notenwechsel zwischen Gericht und Ministerium verbleibt und zu einer Entscheidung im administrativen Verfahren, die auf diesem Wege gegen die Parteien ergeht, überhaupt nicht kommt.[85])

Was aber die Rechtsbeschwerde an das ordentliche Gericht wegen Verletzung von Privatrechten betrifft, so wäre es unstatthaft, aus Art. XV, St.-G.-G. vom 21. Dec. 1867, Nr. 144 R.-G.-Bl., die Folgerung zu ziehen, dass der Handelsminister in allen Fällen, in welchen die Frage nach dem Bestande des Markenrechtes von der Beurtheilung einer privatrechtlichen Vorfrage abhängt, eine Entscheidung treffen könne, und dass es nur nachher der Partei unbenommen bleibe, unter den in diesen Vorschriften angegebenen Voraussetzungen Abhilfe beim ordentlichen Richter zu suchen.

Diese Bestimmung des Staatsgrundgesetzes setzt vielmehr voraus, dass die administrative Behörde zur Entscheidung über einander widerstreitende Ansprüche von Privatpersonen, wodurch Privatrechte berührt werden, an sich auch ohne Einholung

[84]) Feigl, a. a. O. S. 57, citirt eine Entscheidung des Cassationshofes vom 29. Jänner 1892, Z. 14555, nach welcher das Gericht nicht berechtigt ist, die Richtigkeit der Vorentscheidung des Handelsministers zu prüfen. Vgl. auch V.-G.-H. 19. April 1893, Z. 1070, Budw. 7207.

[85]) Vgl. V.-G.-H. in der vorigen Anmerkung.

eines privatrechtlichen Präjudicates berufen ist. Trifft dies nicht zu, so kann nur die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof wegen Unzuständigkeit der Behörde, welche die angefochtene Entscheidung auch in Ansehung der privatrechtlichen Vorfrage erlassen hat, zulässig sein.

Wir wollen dies durch zwei Beispiele klar machen: Die Klage ist auf Ungiltigerklärung einer Marke, in welcher entgegen der Vorschrift des § 10 M.-Sch.-G., der Name oder die Firma des Klägers vorkommt, gerichtet. In diesem Falle erkennt der Handelsminister und unter Umständen kann die durch diese Entscheidung berührte Partei nach Art. XV des Gesetzes vom 21. December 1867 beim ordentlichen Richter wegen Verletzung ihres Namen- oder Firmenrechtes Abhilfe suchen. Anders aber liegt die Sache, wenn eine Marke ausser dem Falle des § 10 wegen Verletzung eines Namenrechtes, oder die Uebertragung eines Markenrechtes wegen Ungiltigkeit des Eigenthumsübertragungsactes angefochten wird.

In diesen letzteren zwei Fällen wird der Handelsminister, sofern nicht einem der beiden Streittheile liquide Beweise zur Seite stehen, vorerst die streitenden Theile zur Austragung der privatrechtlichen Vorfrage auf den Rechtsweg verweisen und eine mit Ausserachtlassung dieses Vorganges getroffene meritale Entscheidung wird beim Verwaltungsgerichtshofe anfechtbar sein.

II. Capitel.

Das Markenrecht als Schutzverwirklichungs-anspruch

(Das Recht aus der Schutzmarke)

und

die Verletzung desselben

(Das Markendelict).

Das Markendelict soll in diesem Capitel nur so weit zur Darstellung kommen, als es eine Untersuchung der Rechte des Markeninhabers aus der Schutzmarke und zugleich der letzte Zweck dieser Schrift: die Darstellung der Lehre von den processhindernden Vorfragen im Markenstrafprocess erfordert, Nur wenige darüber hinausgehende Erläuterungen des materiellen und formellen Markenstrafrechtes werden eingeschaltet werden.

Das Markenschutzgesetz gewährt dem Markenberechtigten als Verletzten (§ 26) das Recht, gegen denjenigen, der in delictischer Weise (§§ 23 und 25) sein Markenrecht verletzt, Bestrafung, Beseitigung der rechtsschädlichen Waarenbezeichnungen und der zu ihrer Herstellung dienlichen Mittel (§ 27, Al. 1), sowie Publication des Straferkenntnisses (§ 27, Al. 2) beim Strafrichter, und wenn ihm nicht zugleich von diesem über seinen Antrag Geldbusse (§ 27, Al. 3) zugesprochen wurde, Zuerkennung einer Entschädigung beim Civilrichter (§ 29) zu verlangen.

In diesen Rechten ist der Schutzverwirklichungsanspruch des Berechtigten verkörpert, mag er auch mit seinem Bestrafungsantrage zugleich »das Recht der Gesellschaft auf Treu und Glaube im Verkehr«[86]) zur Geltung bringen.

[86]) Vgl. den Aufsatz des Verfassers: Name, Firma und Marke. III. Th. Die Marke. Wien 1889, S. 13. Vgl. auch Hahn, Das deutsche Marken-

Das Gesetz bezeichnet als das Delict: als das Vergehen des Eingriffes in das Markenrecht zwei Thatbestände, von welchen wenigstens einer in allen seinen Merkmalen zutreffen muss, wenn eine Bestrafung des Beklagten eintreten soll.

Treffen beide Thatbestände zusammen, so ist doppelte Qualification des Vergehens vorhanden.

Gesetzliche Merkmale des Delictes im ersten dieser zwei Thatbestände sind folgende:

1. Einem »Anderen« (§ 23) als dem Beschuldigten (Angeklagten) muss an der Marke, welche dieser im Handel anwendet, das ausschliessliche Gebrauchsrecht zustehen.

In dieser Beziehung ist auf Capitel I, ganz besonders auf den Abschnitt »Nichtige Registereinträge« zu verweisen. Von dem Erfordernisse, dass das Markenrecht einem »Anderen« zustehe, ist zu trennen die Voraussetzung der Berechtigung zu einem Antrage auf Bestrafung nach § 26 M.-Sch.-G., die Voraussetzung nämlich, dass dem Antragsteller das ausschliessliche Gebrauchsrecht an der fraglichen Marke zusteht, und dass er in demselben sich verletzt erachtet. Die Trennung der beiden Begriffe wird von Bedeutung werden für die Beurtheilung des Bewusstseins, ein fremdes Markenrecht zu verletzen (Punkt 6).

2. Es müssen Waaren von der im nächstfolgenden Punkte 3 bezeichneten Art mit dieser giltig geschützten Marke (Punkt 1) von wem immer, aber unbefugt (Punkt 4) bezeichnet sein »Mit dieser Marke«, das heisst: die geschützte Marke muss in der incriminirten Marke wiedergegeben sein, sei es in identischer Erscheinungsform oder »mit so geringen Abänderungen, oder in so undeutlicher Weise, dass der Unterschied von dem gewöhnlichen Käufer der betreffenden Waaren nur durch Anwendung besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden könnte« (§ 25). Wann dies zutrifft und von welchen Grundsätzen bei Vergleichung der geschützten mit der incriminirten Marke auszugehen ist, wurde im ersten Capitel dieser Schrift dargelegt. An dieser Stelle muss noch bemerkt werden, dass der Richter bei dieser Vergleichung nicht nur die

---

schutzgesetz. Stuttgart 1887, S. 7. In gleicher Weise construirt Alexander Katz, Die unredliche Concurrenz, Berlin 1892, S. 48, den Schutz des Publicums gegen unlauteren Wettbewerb.

beiderseitigen Marken an sich zu Grunde legen, sondern auch »concrete Verhältnisse des Lebens, Gangbarkeit der Waare, Qualität des kaufenden Publicums und ganz besonders jene Vorkehrungen in Betracht ziehen wird, deren sich zur Unterstützung des Verwechselns und Identificirens der Waarenbezeichnungen etwa der Beschuldigte, beziehungsweise Angeklagte bedient« (Kohler, S. 276, und Plenar-Eg. C.-H. 9. Februar 1892, J.-M.-V.-Bl. ex 1892, Nr. 733). Insbesondere wird daher auch gegebenen Falles auf die etwa übereinstimmende Art der beiderseitigen Ausstattung, Verpackung und Verschnürung und manchmal selbst auf die Benennung der Waare und des Zeichens, das in Frage steht, Rücksicht zu nehmen sein.

Unter dem »gewöhnlichen Käufer« im § 25 M.-Sch.-G. ist nicht der Händler, sondern der Consument zu verstehen, ebenso der in-, wie der ausländische.[87]) Nach dem Auffassungs- und Beobachtungsvermögen des consumirenden Publicums [88]) ist der Grad der Aufmerksamkeit im Sinne des citirten § 25 zu beurtheilen.

Als »bezeichnet« gilt die Waare nicht nur, wenn unmittelbar auf derselben die Marke aufscheint, sondern auch (§ 11 M.-Sch.-G.) wenn die letztere in irgend einer Weise auf einem Behältniss der Waare (auf ihrer Verpackung oder Umhüllung, auf dem Gefäss, in welchem sie sich befindet u. dgl.) oder selbst an einer mit der Waare oder ihrem Behältniss verbundenen Schnur (Arg. verba »u. dgl.« [89]) angebracht ist. Dabei ist es gleichgiltig, in welchem Zeitpunkte der Consument die Marke erblickt, gleichgiltig, ob die Marke äusserlich sichtbar ist oder nicht, wenn nur mit derselben die Waare versehen ist. (Vgl. die zutreffenden Argumente Kohler's, a. a. O. S. 206.[90])

3. Die Waare, die mit der Marke des Privatklägers Punkt 2) bezeichnet ist, muss derselben Waarengattung,

---

[87]) Siehe Kohler u. a. auf S. 385; Seligsohn, S. 182.

[88]) Vgl. Kohler, S. 283—287; Seligsohn, S. 183.

[89]) Vgl. Seligsohn, S. 116.

[90]) Vgl. auch Landgraf, S. 60, Note 7, und Meves, Punkt 19 der Erläuterungen zu § 13 (des Deutschen Gesetzes vom 30. November 1874). Ueber die Verbindung der Waare mit der Marke überhaupt vgl. Kohler, S. 206—211.

eventuell (S. 16) derselben Waarenart angehören, für welche sie dem Kläger geschützt ist (Arg. verba: »der betreffenden Waaren« im § 25 und §§ 7, 21, lit. *e*, und 30, Al. 1).

Ob die Waare, die unbefugt mit der geschützten fremden Marke bezeichnet ist, gleichwerthig, besser oder schlechter ist, als jene des Klägers, ist gleichgiltig. Auch der besseren Waare soll nicht unter einem fremden Zeichen der Markt erobert werden und nur für eine Anklage wegen Betruges kann die Qualität der falsch markirten Waare von Bedeutung sein.

4. Die Bezeichnung der Waare mit der geschützten Marke muss eine unbefugte sein, d. h. sie darf sich nicht auf einen rechtsgiltigen Titel der Benützung stützen.

Unbefugt zum Beispiel ist die Bezeichnung, wenn ein nachgemachtes Zeichen oder ein von der berechtigten Waare oder deren Behältniss losgelöstes echtes Schutzzeichen auf anderer gleichartiger Waare oder deren Behältniss angebracht, oder das mit dem echten Schutzzeichen versehene Behältniss mit anderer gleichartiger Waare angefüllt wurde. Wer diese Manipulationen vorgenommen hat, Derjenige, der die Waare in Verkehr bringt oder feilhält, oder ein Anderer, ist gleichgiltig.

Die Ertheilung einer Markenlicenz von Seite des Markenberechtigten ist zwar unstatthaft (Arg. § 9 M.-Sch.-G.[91]) und die Einwilligung des Berechtigten macht die den Verkehr irreführende Waarenbezeichnung so wenig zu einer erlaubten Handlung,[92]) wie die Licenz zu einem Ehebruch den letzteren; gleichwohl kann man Denjenigen, der selbst auf solche Weise an dem Delicte theilgenommen hat, weder als Verletzten, noch als antragsberechtigt im Sinne des § 26 M.-Sch.-G. betrachten.[93])

5. Der Beschuldigte, beziehungsweise Angeklagte muss die Waare (Punkt 3), die mit der giltig (Punkt 1) geschützten Marke (Punkt 2) unbefugt bezeichnet ist (Punkt 2 und 4), in Verkehr gesetzt oder feilgehalten haben.

---

[91]) Ebenso Kohler, S. 242f., anders Endemann, Der Markenschutz .... Berlin 1875, S. 67, und Schuloff, a. a. O. S. 208.

[92]) Die entsprechenden Consequenzen können daher auch im Markenzwang, wo ein solcher besteht, gezogen werden.

[93]) Kohler, S. 364 und 394.

Der Erzeuger, der die Waare verkauft, setzt sie in Verkehr,[94] der Händler hält sie feil.[95] Zweifelhaft mag es bleiben, ob das Ausstellen der Waare zum Zwecke des gewerbsmässigen Verschleisses von Seite des Erzeugers oder Händlers unter den Begriff des »Feilhaltens« fällt, oder als strafbarer Versuch im Sinne des § 8 Str.-G. zu qualificiren ist. Wir möchten uns der ersteren Ansicht, die auch für das deutsche Markenrecht die massgebende zu sein scheint,[96] schon deshalb anschliessen, weil es ein Widerspruch wäre, die wissentlich unbefugte Anfertigung eines fremden Waarenzeichens, die sonst nach allgegemeinen strafrechtlichen Begriffen nur eine Vorbereitungshandlung ist, als vollendetes Delict zu qualificiren (§ 23 M.-Sch.-G.) und das unbefugte zur Veräusserung Bereithalten einer delictisch bezeichneten Waare nur als Versuch[97] aufzufassen.

Nicht aber gehört schon das mündliche oder schriftliche Angebot ohne thatsächliches Bereithalten bereits markirter Waare (Arg. § 23 verba: »Waaren, die . . . . bezeichnet sind«) oder ein Angebot durch Annoncen zum Begriff des Feilhaltens,[98] es liegt darin nur ein Anerbieten, das unter den Voraussetzungen des § 8 Str.-G. strafbarer Versuch, wenn an den Händler erfolgt, unter Umständen versuchte Verleitung nach § 9 in Verbindung mit § 239 Str.-G. sein kann. Der Agent, Frächter, Spediteur macht sich, wenn die Voraussetzungen der §§ 23 und 25 M.-Sch.-G. und 5 Str.-G. zutreffen, der Beihilfe schuldig, ist aber, wenn er gegen den Willen des Principals gehandelt hat, als Thäter[99] zu behandeln.

---

[94]) Ueber Inverkehrbringen vgl. ganz besonders Seligsohn, S. 117—118.

[95]) Vgl. aus der Entstehungsgeschichte des ersten Deutschen Markenschutzgesetzes, wo zuerst der Ausdruck »Feilhalten« vorkommt, Stenogr. Berichte, 1874/75, I, S. 104 ff. Vgl. Kohler, S. 338—340.

[96]) Vgl. Landgraf, S. 72, Seligsohn, S. 117, Allfeld, Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen, München 1894, S. 78. Ueber Lagern in Magazinen, Landgraf, S. 73.

[97]) Es liegt übrigens nicht in der Absicht dieser Schrift, die Anwendung der §§ 5, 8, 9 und 239 Str.-G. oder der Strafausschliessungs- oder Strafaufhebungsgründe auf das Vergehen des Markeneingriffes erschöpfend zu erörtern; nur einzelne aphoristische Bemerkungen darüber sind in dieser Schrift zu finden.

[98]) Vgl. Allfeld, S. 78, anderer Meinung Landgraf, S. 73.

[99]) Vgl. Allfeld, S. 83.

Dem Erzeuger, der dem Händler die Waare mit straffälliger Marke beistellt, in die er den Namen des Händlers aufnimmt, ist Inverkehrbringung, aber auch zugleich Mitschuld am Feilhalten der rechtswidrig markirten Waare zuzurechnen: er bleibt verantwortlich, so lange das Feilhalten strafrechtlich zu verantworten ist.

6. Die im vorhergehenden Punkt 5 bezeichnete Handlung muss vom Thäter wissentlich unternommen sein: der Thäter muss gewusst haben, dass die Marke, die er im Handel (Punkt 5) anwendet, einem Anderen für die betreffende Waare (Punkt 3) geschützt ist (Punkt 1), und dass die Waare unbefugt mit dieser Marke bezeichnet ist (Punkt 4). Er muss dies gewusst haben (dolus determinatus) oder er muss doch die Möglichkeit, dass er ein fremdes Markenrecht verletze,[100]) derart in seinen Entschluss aufgenommen haben, dass ihn auch die Gewissheit einer Markenrechtsverletzung von derselben nicht abgehalten hätte (dolus eventualis). Vgl. C.-H. 30. Mai 1891, 27. November 1891, J.-M-V.-Bl. ex 1891 Nr. 653, und 716, 30 Juni 1894, Z. 5502.

Eine weiter reichende Absicht, insbesondere Schadensabsicht, oder die Absicht, sich oder Anderen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, verlangt das Gesetz nicht.

War dem Thäter der Schutz der klägerischen Marke bekannt, oder war er entschlossen, diese Marke selbst dann anzuwenden, wenn sie etwa geschützt sein sollte, so kann er sich zu seiner Entlastung nicht darauf berufen, dass er die Marke in der von ihm geführten Erscheinungsform als der geschützten Marke nicht ähnlich hielt, dass ihm die vorhandenen Abänderungen genügend schienen, um die Strafbarkeit nach § 25 M.-Sch.-G. auszuschliessen. Entweder ist die Markenähnlichkeit mit uns als eine Frage der Subsumtion des in den Markenbildern gelegenen Thatbestandes unter § 25 M.-Sch.-G. aufzufassen, dann ist sie eine Rechtsfrage,[101]) ein Irrthum hierüber ein

---

[100]) Gleichgiltig ob jenes des Klägers, denn nur für die Antragsberechtigung nach § 26 kommt der Schutz des Letzteren in Betracht (siehe Punkt 1).

[101]) Vgl. S. 64 und Anmerkung 82. Daher wird auch der Cassationshof zu einer rechtlichen Würdigung der Markenbilder und zu einem Ausspruche, ob Markenähnlichkeit vorliegt oder nicht, berechtigt und ver-

Der Erzeuger, der die Waare verkauft, setzt sie in Verkehr,[94]) der Händler hält sie feil.[95]) Zweifelhaft mag es bleiben, ob das Ausstellen der Waare zum Zwecke des gewerbsmässigen Verschleisses von Seite des Erzeugers oder Händlers unter den Begriff des »Feilhaltens« fällt, oder als strafbarer Versuch im Sinne des § 8 Str.-G. zu qualificiren ist. Wir möchten uns der ersteren Ansicht, die auch für das deutsche Markenrecht die massgebende zu sein scheint,[96]) schon deshalb anschliessen, weil es ein Widerspruch wäre, die wissentlich unbefugte Anfertigung eines fremden Waarenzeichens, die sonst nach allgegemeinen strafrechtlichen Begriffen nur eine Vorbereitungshandlung ist, als vollendetes Delict zu qualificiren (§ 23 M.-Sch.-G.) und das unbefugte zur Veräusserung Bereithalten einer delictisch bezeichneten Waare nur als Versuch[97]) aufzufassen.

Nicht aber gehört schon das mündliche oder schriftliche Angebot ohne thatsächliches Bereithalten bereits markirter Waare (Arg. § 23 verba: »Waaren, die . . . . bezeichnet sind«) oder ein Angebot durch Annoncen zum Begriff des Feilhaltens,[98]) es liegt darin nur ein Anerbieten, das unter den Voraussetzungen des § 8 Str.-G. strafbarer Versuch, wenn an den Händler erfolgt, unter Umständen versuchte Verleitung nach § 9 in Verbindung mit § 239 Str.-G. sein kann. Der Agent, Frächter, Spediteur macht sich, wenn die Voraussetzungen der §§ 23 und 25 M.-Sch.-G. und 5 Str.-G. zutreffen, der Beihilfe schuldig, ist aber, wenn er gegen den Willen des Principals gehandelt hat, als Thäter[99]) zu behandeln.

---

[94]) Ueber Inverkehrbringen vgl. ganz besonders Seligsohn, S. 117—118.

[95]) Vgl. aus der Entstehungsgeschichte des ersten Deutschen Markenschutzgesetzes, wo zuerst der Ausdruck »Feilhalten« vorkommt, Stenogr. Berichte, 1874/75, I, S. 104 ff. Vgl. Kohler, S. 338—340.

[96]) Vgl. Landgraf, S. 72, Seligsohn, S. 117, Allfeld, Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen, München 1894, S. 78. Ueber Lagern in Magazinen, Landgraf, S. 73.

[97]) Es liegt übrigens nicht in der Absicht dieser Schrift, die Anwendung der §§ 5, 8, 9 und 239 Str.-G. oder der Strafausschliessungs- oder Strafaufhebungsgründe auf das Vergehen des Markeneingriffes erschöpfend zu erörtern; nur einzelne aphoristische Bemerkungen darüber sind in dieser Schrift zu finden.

[98]) Vgl. Allfeld, S. 78, anderer Meinung Landgraf, S. 73.

[99]) Vgl. Allfeld, S. 83.

Dem Erzeuger, der dem Händler die Waare mit straffälliger Marke beistellt, in die er den Namen des Händlers aufnimmt, ist Inverkehrbringung, aber auch zugleich Mitschuld am Feilhalten der rechtswidrig markirten Waare zuzurechnen: er bleibt verantwortlich, so lange das Feilhalten strafrechtlich zu verantworten ist.

6. Die im vorhergehenden Punkt 5 bezeichnete Handlung muss vom Thäter wissentlich unternommen sein: der Thäter muss gewusst haben, dass die Marke, die er im Handel (Punkt 5) anwendet, einem Anderen für die betreffende Waare (Punkt 3) geschützt ist (Punkt 1), und dass die Waare unbefugt mit dieser Marke bezeichnet ist (Punkt 4). Er muss dies gewusst haben (dolus determinatus) oder er muss doch die Möglichkeit, dass er ein fremdes Markenrecht verletze,[100]) derart in seinen Entschluss aufgenommen haben, dass ihn auch die Gewissheit einer Markenrechtsverletzung von derselben nicht abgehalten hätte (dolus eventualis). Vgl. C.-H. 30. Mai 1891, 27. November 1891, J.-M-V.-Bl. ex 1891 Nr. 653, und 716, 30 Juni 1894, Z. 5502.

Eine weiter reichende Absicht, insbesondere Schadensabsicht, oder die Absicht, sich oder Anderen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, verlangt das Gesetz nicht.

War dem Thäter der Schutz der klägerischen Marke bekannt, oder war er entschlossen, diese Marke selbst dann anzuwenden, wenn sie etwa geschützt sein sollte, so kann er sich zu seiner Entlastung nicht darauf berufen, dass er die Marke in der von ihm geführten Erscheinungsform als der geschützten Marke nicht ähnlich hielt, dass ihm die vorhandenen Abänderungen genügend schienen, um die Strafbarkeit nach § 25 M.-Sch.-G. auszuschliessen. Entweder ist die Markenähnlichkeit mit uns als eine Frage der Subsumtion des in den Markenbildern gelegenen Thatbestandes unter § 25 M.-Sch.-G. aufzufassen, dann ist sie eine Rechtsfrage,[101]) ein Irrthum hierüber ein

---

[100]) Gleichgiltig ob jenes des Klägers, denn nur für die Antragsberechtigung nach § 26 kommt der Schutz des Letzteren in Betracht (siehe Punkt 1).

[101]) Vgl. S. 64 und Anmerkung 82. Daher wird auch der Cassationshof zu einer rechtlichen Würdigung der Markenbilder und zu einem Ausspruche, ob Markenähnlichkeit vorliegt oder nicht, berechtigt und ver-

Einfluss der Fortsetzung auf die Qualification. Der wissentlich verübte Eingriff, bezüglich dessen beim Inslebentreten des neuen Gesetzes noch keine Verhandlung bei der politischen Behörde anhängig war (§ 33, Al. 3, M.-Sch.-G.), ist nämlich in Gemässheit des Kaiserl. Patentes vom 7. December 1858, Nr. 230 R.-G.-Bl., als Uebertretung, jedoch von den Gerichtsbehörden zu bestrafen (C.-H. 30. Mai 1891, J.-M.-V.-Bl. ex 1891, Nr. 653).

Der Eingriff in das Markenrecht nach § 23 M.-Sch.-G. ist auch in idealer Concurrenz mit dem Eingriffe in das Namen- oder Wappenrecht nach § 24 ibidem strafbar, wenn in der absichtlich usurpirten Marke der absichtlich usurpirte Name (auch Firmen- oder Etablissementname) oder das absichtlich usurpirte Etablissement-Wappen vorkommt (anders C.-H. in der letztcitirten Entscheidung), weil in derselben einheitlichen Handlung zwei selbständige strafbare Thatbestände voll verwirklicht, zwei specielle dem Schutze verschiedener (mittelbarer) Rechtsgüter dienende Normen verletzt sind.

In Bezug auf Strafen, Straffolgen und Geldbusse ist auf §§ 23 und 27 M.-Sch.-G. zu verweisen.

Die Busse wird im Deutschen Reich von Manchen (siehe die Commentare zum älteren Patentgesetz von Gareis, S. 264, Rosenthal, S. 412, Landgraf, S. 146) als Strafe, oder strafähnliches oder mit pönalen Elementen verbundenes Institut, von Anderen (siehe Olshausen, Commentar zum Strafgesetz, 2. Aufl., Bd. 2, S. 714) als eine in der Entschädigung des Verletzten bestehende Privatgenugthuung aufgefasst. Nach Seligsohn, S. 173 (übereinstimmend mit dessen Commentar zum Patentgesetz, Berlin 1891, S. 259), »hat das Reichsgericht bezüglich der Natur der Busse in ständiger Praxis (Strafs. **12**, 223; **15**, 352, 439) daran festgehalten, dass dieselbe nicht eine Strafe, sondern eine Entschädigung ist ....«. Diese Entschädigung umfasse »den vermögensrechtlichen Schaden, sei aber nicht auf denselben zu beschränken (Strafs. 15, 352); in Folge dessen habe das Gericht dem Beschädigten in der Busse unter Anderem auch eine Entschädigung für den Verdruss und die Mühewaltung, welche ihm die Verletzung und deren Verfolgung verursachte, und insbesondere auch für die durch die Verletzung

häufig herbeigeführte Beeinträchtigung seines kaufmännischen Rufes zu gewähren«.[108])

Nach österreichischem Recht ist über die Busse Folgendes zu sagen: Es kann auf dieselbe nach § 27, Al. 3, M.-Sch.-G. auf Verlangen des Verletzten »neben der Strafe«, daher nicht als Strafe, sondern »an Stelle der dem Verletzten nach dem Privatrechte gebührenden Entschädigung«, aber nur »bis zu dem Betrage von 5000 fl.«, erkannt werden. Die Geldbusse ist vom Strafgerichte »nach freiem, durch die Würdigung aller Umstände geleiteten Ermessen zu bestimmen.«

Nach den §§ 1293, 1323—1324 a. b. G.-B. kann es keinem Zweifel unterliegen, *a*) dass unter der Entschädigung des § 27, Al. 3, M.-Sch.-G. die Gutmachung aller materiellen und immateriellen Nachtheile, die dem Verletzten durch delictischen Markeneingriff zugegangen sind, zu verstehen ist; *b*) dass diese Entschädigung sich auf volle Genugthuung, das ist auf die »eigentliche Schadloshaltung und Tilgung der verursachten Beleidigung« erstreckt.

Damit »eine Vereinfachung und Beschleunigung der dem Verletzten zukommenden Entschädigung« — also der Entschädigung selbst, nicht blos des Verfahrens —, »deren Realisirung im Wege des Civilprocesses oft längere Zeit in Anspruch nimmt«, eintrete, fand sich nach den Regierungsmotiven zu § 27 M.-Sch.-G. die Gesetzgebung veranlasst, das Institut der Busse in das Markenschutzgesetz einzuführen. Durch Zuerkennung eines Pauschalbetrages und durch das dem Strafrichter eingeräumte »freie Ermessen« — nicht gleichbedeutend mit freier Beweiswürdigung — soll dieses Ziel erreicht werden, zumal nur nach solchen Grundsätzen die verursachte Beleidigung, insbesondere auch der aus der Zerstörung der diakritischen Bezeichnungskraft der klägerischen Marke entstandene Schade abgeschätzt werden kann.

Der Richter wird daher bei Bemessung der Busse, insbesondere, wenn ihm vorliegt, dass der Umfang der Markenfälschung kein geringer war, keinen kleinlichen Massstab anlegen dürfen, soll nicht die Anwendung des § 27, Al. 3,

---

[108]) Vgl. Kohler, S. 402 f., und in dessen Patentrecht, S. 651.

M.-Sch.-G. zur Farce werden. Von Rechtswegen wird er übrigens dem Verletzten, wenn dieser sich mit einem geringen Schmerzgelde zu bescheiden erklärt, ein solches gar nicht absprechen dürfen,[109] weil sich gar kein Fall denken lässt, in welchem dem Verletzten nicht zum wenigsten immaterieller Nachtheil durch delictischen Eingriff in sein Markenrecht erwachsen wäre.

Nur weil Fälle vorkommen werden, in welchen dem Strafrichter für die Abschätzung des Schadens — insbesondere des vermögensrechtlichen — auch nur annähernd genügende Anhaltspunkte fehlen, hat das Gesetz dem Strafrichter wegen Zuerkennung einer Busse einen Zwang nicht auferlegt (verbum »kann« im § 27, Al. 3, M.-Sch.-G.) und deshalb wird es viel auf die Art und Weise ankommen, wie der Verletzte seinen Antrag auf Zuerkennung einer Busse präcisirt und begründet.

Der Umstand aber, dass in der Busse ein Schadenersatz auch für ideale Kränkung enthalten ist, berechtigt, wie Pfaff in den demnächst vom k. k. Handelsministerium zur Veröffentlichung gelangenden Berathungen des Juridischen Doctorencollegiums in Wien über die Patentreform sehr trefflich ausführt, nicht dazu, die ganze Busse auch nur in einzelnen Richtungen jenen Grundsätzen zu unterwerfen, die von einer höchst persönlichen Genugthuung gelten. Grundsätzlich wird daher die Busse, wenn sie sich nicht auf Tilgung der persönlichen Kränkung beschränkt, auch vom Erben des Verletzten in Anspruch genommen werden können, lediglich mit der Beschränkung des § 283, Al. 2 Str.-Pr.-O., wonach gegen den Ausspruch über die privatrechtlichen Ansprüche nur der Angeklagte und dessen gesetzliche Vertreter und Erben Berufung einlegen können.

Die rechtskräftig[110] zuerkannte Busse wirkt auch gegen den Erben des Verletzers.

Unter Lebenden kann die noch nicht rechtskräftig zuerkannte Busse nicht übertragen werden, weil man die Rolle des Privatklägers und Nichtigkeitsklägers im Strafverfahren nicht übertragen kann.

[109]) Leider nehmen nur zu oft einen gegentheiligen Standpunkt die Richtersprüche ein.

[110]) Vgl. Beschl. C.-H. 18. Mai 1881, Z. 5621.

Sind mehrere Verurtheilte vorhanden, so haften sie nach dem Wortlaute des Gesetzes für die dem Verletzten zuerkannte Busse schon ex lege solidarisch.

Eine zuerkannte Busse schliesst die Geltendmachung der Rechte aus § 372 Str.-Pr.-O. aus.

Hat der Verletzte Geldbusse nicht angesprochen, oder wurde er mit diesem Antrag auf den Civilrechtsweg verwiesen, so kann er beim Civilrichter Zuerkennung einer Entschädigung verlangen. Vom materiellen und formellen Rechte findet in diesem Falle eine Abweichung nur in der Beziehung statt, dass der Civilrichter »sowohl über das Vorhandensein als auch über die Höhe des Schadens nach freiem, durch die Würdigung aller Umstände geleiteten Ermessen« entscheidet (§ 29 M.-Sch.-G.).

Weitere Rechte aus der Marke können vom Verletzten im Strafprocesse dahin geltend gemacht werden, dass die Eingriffsobjecte und Eingriffsmittel vernichtet werden und dass ihm die Befugniss zugesprochen werde, auf Kosten des Verurtheilten das Straferkenntniss öffentlich bekannt zu machen. Beides geschieht nur auf sein Verlangen. Der Vernichtung der delictischen Marke steht nicht im Wege, dass erstere nur durch gleichzeitige Vernichtung der Waare möglich ist (§ 27, Al. 1, M.-Sch.-G.). Die Bekanntmachung des Straferkenntnisses ist nicht auf Publication in öffentlichen Blättern beschränkt, vielmehr hat das Gericht die Art der Bekanntmachung, sowie die Frist zu derselben unter Bedachtnahme auf die Anträge des Verletzten in dem Urtheile zu bestimmen (§ 27, Al. 2). Zur Angabe der Art der Bekanntmachung dürfte, wenn dieselbe in öffentlichen Blättern erfolgen soll, auch die Bestimmung der Rubrik des betreffenden Blattes, der Anzahl der Einschaltungen und ob die Erkenntnissgründe gleichfalls abzudrucken sind, gehören. Wurde übersehen auszusprechen, dass die Frist der Einrückung in das öffentliche Blatt erst vom Tage der Zustellung einer begehrten schriftlichen Ausfertigung des Erkenntnisses zu berechnen sei, so beginnt die Frist vom Tage der mündlichen Publication desselben.

Die Vollstreckung der Massnahmen nach § 27, Al. 1, erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen der Strafprocessordnung mit der Beschränkung des § 391 auf Kosten des Verurtheilten; ihr

kann auch der mittlerweilige Tod desselben nicht im Wege stehen, und ob die von der Massnahme getroffenen Gegenstände ihm gehören, ist für alle Fälle dann, wenn sie in seinem Gewahrsam sich befinden — zweifelhaft, ob auch in anderen Fällen [111]) — für den Vollzug der Massnahme gleichgiltig.

Die facultativen Folgen der Verurtheilung nach § 27, Al. 1 und 2, sind nicht blos Strafen, sondern auch privatrechtliche Folgen; [112]) das Recht der Publication kann daher auch auf die Erben des Verletzten übergehen, und der mittlerweilige Tod des Verurtheilten steht der Vollstreckung der rechtskräftig zuerkannten Publicationsbefugniss nicht im Wege.

Die Bestimmungen des § 27 über Confiscation, Publication und Geldbusse finden nach dem Schlusssatze dieses Paragraphen auch dann Anwendung, wenn die Bestrafung »nach einer strengeren Bestimmung des Strafgesetzbuches« erfolgt. Sie werden aber ohne Zweifel auch dann anzuwenden sein, wenn das Vergehen aus § 23 in Concurrenz — auch idealer Concurrenz — mit irgend einem Delicte verübt wurde.

In Betreff des Verfahrens bei den competenten Straf- als Erkenntnissgerichten und in Betreff ihrer Zuständigkeit ist auf die Strafprocessordnung (§ 26 M.-Sch.-G.), in Betreff der Sicherheitsvorkehrungen, die im Laufe des Strafverfahrens »das Strafgericht« [113]) verfügt, auf § 28 M.-Sch.-G., neben welchem manchmal die Bestimmungen des zwölften Hauptstückes der Strafprocessordnung vom 23. Mai 1873 anzuwenden sein werden, zu verweisen.

Solche Vorkehrungen (Beschlagnahme von Eingriffsgegenständen und Eingriffsmitteln und zur Verhinderung von Eingriffen geeignete Massnahmen) sind von einem Begehren des Privatklägers abhängig, und wenn das Strafgericht darüber »entscheidet« (§ 28, Al. 2), so wird es prüfen, ob »genügender Verdacht vorliegt« — vgl. den analogen § 139, Al. 1 —,

[111]) Vgl. Seligsohn, S. 178.

[112]) Ueber die Publicationsbefugniss als Strafe oder Privatgenugthuung siehe Olshausen, 2. Aufl., S. 744, Nr. 4, und die dort angegebene Literatur.

[113]) Was die Einleitung der Voruntersuchung betrifft, so bleibt es bei den Bestimmungen der Strafprocessordnung.

dass die Waaren, welche von diesen Vorkehrungen getroffen werden sollen, den oben im Punkte 3 angegebenen Erfordernissen entsprechen, und dass sie mit einer Marke versehen sind, von deren Gebrauch der Beschuldigte ausgeschlossen ist (Punkt 2). Eine Glaubhaftmachung sonstiger den Thatbestand des strafbaren Markeneingriffes begründender und anderer für die Strafverfolgung massgebender Umstände wird aus Anlass einer Entscheidung nach § 28 nicht zu fordern sein, weil schon bei der Einleitung des Strafverfahrens, auch wenn sie unter Einem angesucht wird und sich derselben eine Entscheidung des Gerichtes nach § 28 unmittelbar anschliesst, die Frage, ob ein berechtigter Ankläger rechtzeitig einschreitet, ferner ob ein Markendelict im Sinne der §§ 23 und 25 M.-Sch.-G. und dessen Strafbarkeit aus objectiven oder subjectiven Gründen nicht ausgeschlossen ist, geprüft werden musste. Von dem grösseren oder geringeren Mass der für den strafbaren, und zwar noch strafbaren (§§ 529—532 St.-G.) Eingriff überhaupt sprechenden Verdachtsmomente wird es aber abhängen, ob die fraglichen Sicherungsvorkehrungen unbedingt oder gegen Caution zu bewilligen sind (§ 28, Al. 2).

Auch der Gerichtsdelegirte, der mit dem Vollzuge der fraglichen Vorkehrungen betraut ist, wird zu prüfen haben — und deshalb scheint die allfällige Abordnung von Beamten der Sicherheitsbehörde nach Analogie des § 141 Str.-Pr.-O. nicht ganz gesetzesgerecht zu sein —, ob die von ihm vorgefundenen Waaren und die Marken, mit welchen dieselben bezeichnet sind, nicht die Annahme einer Markenfälschung ausschliessen. Er wird aber auch vorgefundene prima facie delictisch scheinende Markenvariationen, die noch nicht unter Anklage gestellt sind, sofern der etwa mitintervenirende Privatkläger auf eine Saisirung nicht verzichtet, in die Beschlagnahme einbeziehen und über die Aufrechthaltung derselben Gerichtsbeschluss einholen.

Die Vorkehrungen nach § 28 verfügt das Strafgericht, folglich nicht der Untersuchungsrichter und eventuell die Rathskammer,[114]) sondern der Gerichtshof in einer Versammlung von

---

[114]) Anderer Meinung scheint zu sein mit der Mehrzahl der Strafgerichte Feigl, S. 56.

Der Erzeuger, der die Waare verkauft, setzt sie in Verkehr,[94]) der Händler hält sie feil.[95]) Zweifelhaft mag es bleiben, ob das Ausstellen der Waare zum Zwecke des gewerbsmässigen Verschleisses von Seite des Erzeugers oder Händlers unter den Begriff des »Feilhaltens« fällt, oder als strafbarer Versuch im Sinne des § 8 Str.-G. zu qualificiren ist. Wir möchten uns der ersteren Ansicht, die auch für das deutsche Markenrecht die massgebende zu sein scheint,[96]) schon deshalb anschliessen, weil es ein Widerspruch wäre, die wissentlich unbefugte Anfertigung eines fremden Waarenzeichens, die sonst nach allgegemeinen strafrechtlichen Begriffen nur eine Vorbereitungshandlung ist, als vollendetes Delict zu qualificiren (§ 23 M.-Sch.-G.) und das unbefugte zur Veräusserung Bereithalten einer delictisch bezeichneten Waare nur als Versuch[97]) aufzufassen.

Nicht aber gehört schon das mündliche oder schriftliche Angebot ohne thatsächliches Bereithalten bereits markirter Waare (Arg. § 23 verba: »Waaren, die . . . . bezeichnet sind«) oder ein Angebot durch Annoncen zum Begriff des Feilhaltens,[98]) es liegt darin nur ein Anerbieten, das unter den Voraussetzungen des § 8 Str.-G. strafbarer Versuch, wenn an den Händler erfolgt, unter Umständen versuchte Verleitung nach § 9 in Verbindung mit § 239 Str.-G. sein kann. Der Agent, Frächter, Spediteur macht sich, wenn die Voraussetzungen der §§ 23 und 25 M.-Sch.-G. und 5 Str.-G. zutreffen, der Beihilfe schuldig, ist aber, wenn er gegen den Willen des Principals gehandelt hat, als Thäter[99]) zu behandeln.

---

[94]) Ueber Inverkehrbringen vgl. ganz besonders Seligsohn, S. 117—118.

[95]) Vgl. aus der Entstehungsgeschichte des ersten Deutschen Markenschutzgesetzes, wo zuerst der Ausdruck »Feilhalten« vorkommt, Stenogr. Berichte, 1874/75, I, S. 104 ff. Vgl. Kohler, S. 338—340.

[96]) Vgl. Landgraf, S. 72, Seligsohn, S. 117, Allfeld, Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen, München 1894, S. 78. Ueber Lagern in Magazinen, Landgraf, S. 73.

[97]) Es liegt übrigens nicht in der Absicht dieser Schrift, die Anwendung der §§ 5, 8, 9 und 239 Str.-G. oder der Strafausschliessungs- oder Strafaufhebungsgründe auf das Vergehen des Markeneingriffes erschöpfend zu erörtern; nur einzelne aphoristische Bemerkungen darüber sind in dieser Schrift zu finden.

[98]) Vgl. Allfeld, S. 78, anderer Meinung Landgraf, S. 73.

[99]) Vgl. Allfeld, S. 83.

Dem Erzeuger, der dem Händler die Waare mit straffälliger Marke beistellt, in die er den Namen des Händlers aufnimmt, ist Inverkehrbringung, aber auch zugleich Mitschuld am Feilhalten der rechtswidrig markirten Waare zuzurechnen: er bleibt verantwortlich, so lange das Feilhalten strafrechtlich zu verantworten ist.

6. Die im vorhergehenden Punkt 5 bezeichnete Handlung muss vom Thäter wissentlich unternommen sein: der Thäter muss gewusst haben, dass die Marke, die er im Handel (Punkt 5) anwendet, einem Anderen für die betreffende Waare (Punkt 3) geschützt ist (Punkt 1), und dass die Waare unbefugt mit dieser Marke bezeichnet ist (Punkt 4). Er muss dies gewusst haben (dolus determinatus) oder er muss doch die Möglichkeit, dass er ein fremdes Markenrecht verletze,[100]) derart in seinen Entschluss aufgenommen haben, dass ihn auch die Gewissheit einer Markenrechtsverletzung von derselben nicht abgehalten hätte (dolus eventualis). Vgl. C.-H. 30. Mai 1891, 27. November 1891, J.-M.-V.-Bl. ex 1891 Nr. 653, und 716, 30 Juni 1894, Z. 5502.

Eine weiter reichende Absicht, insbesondere Schadensabsicht, oder die Absicht, sich oder Anderen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, verlangt das Gesetz nicht.

War dem Thäter der Schutz der klägerischen Marke bekannt, oder war er entschlossen, diese Marke selbst dann anzuwenden, wenn sie etwa geschützt sein sollte, so kann er sich zu seiner Entlastung nicht darauf berufen, dass er die Marke in der von ihm geführten Erscheinungsform als der geschützten Marke nicht ähnlich hielt, dass ihm die vorhandenen Abänderungen genügend schienen, um die Strafbarkeit nach § 25 M.-Sch.-G. auszuschliessen. Entweder ist die Markenähnlichkeit mit uns als eine Frage der Subsumtion des in den Markenbildern gelegenen Thatbestandes unter § 25 M.-Sch.-G. aufzufassen, dann ist sie eine Rechtsfrage,[101]) ein Irrthum hierüber ein

---

[100]) Gleichgiltig ob jenes des Klägers, denn nur für die Antragsberechtigung nach § 26 kommt der Schutz des Letzteren in Betracht (siehe Punkt 1).

[101]) Vgl. S. 64 und Anmerkung 82. Daher wird auch der Cassationshof zu einer rechtlichen Würdigung der Markenbilder und zu einem Ausspruche, ob Markenähnlichkeit vorliegt oder nicht, berechtigt und ver-

Dieses auf der allgemeinen Verkehrsfreiheit fussende Markengebrauchsrecht kann verletzt werden: entweder von der zur Handhabung der erwähnten öffentlich-rechtlichen Vorschriften berufenen Behörde durch Ueberschreitung der ihr in dem gegebenen Falle materiell oder formell zustehenden Befugnisse, oder durch Rechtsanmassung eines Einzelnen, durch Ausübung eines ihm nicht zustehenden Untersagungsrechtes.

Im ersteren Falle ist dem Verletzten gegen gesetzwidrige Verfügung oder Entscheidung der Verwaltungsbehörde, soferne die Angelegenheit im administrativen Wege ausgetragen ist, und soweit es sich nicht um Bestrafung handelt (Gesetz vom 22. October 1875, § 48), die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof gegeben. Gegen Verletzung seitens eines Dritten durch Rechtsanmassung kann unter den Voraussetzungen des allgemeinen Privatrechtes mittelst der Negatorien- und Schadenersatzklage (dafür spricht unter anderen die Norm des § 28 M.-Sch.-G., welche eine Beschlagnahme von dem Erlage einer Caution abhängig zu machen gestattet), Abhilfe gesucht werden.

Dass übrigens auch der Strafrichter im Eingriffsprocesse die Privatrechte des Beklagten zu schützen verpflichtet ist, bedarf keines Nachweises.

Zweifelhaft mag es erscheinen, ob die mit einem Zeichen, das Jemand in gutem Glauben für sein eigenes Zeichen hielt, von diesem **bereits gemärkte** Waare dem Verbietungsrechte aus einer erst später für dasselbe Zeichen von einem Anderen erwirkten Registrirung unterworfen ist. Feigl, S. 39, und Seligsohn, S. 120—121, Letzterer unter Berufung auf Deutsch. Reichsg.-Strafs., Bd. 5, S. 105, und Bd. 20, S. 112, sind der Ansicht, dass vom Zeitpunkte dieser Registrirung die obwohl befugt bezeichnete Waare nicht mehr in Verkehr gesetzt werden darf. Gegen Feigl lässt sich einwenden, dass eine Registrirung auf vorhergegangene Geschehnisse und auf das vorher erworbene Recht, frei mit seinem Eigenthum zu schalten, keine rückwirkende Kraft äussern kann, und dass daher eine Waare, die befugt und redlich mit einem Zeichen versehen wurde, auch wenn das letztere später einem Anderen geschützt wird, in Verkehr gesetzt werden darf. Wenn der oberste Gerichts- als Cassationshof in dem seiner Entscheidung vom 30. Juni 1894, Z. 5502, zu

Grunde gelegenen Falle über die Einwendung des Beklagten, dass dieser noch vor dem Prioritätstage der klägerischen Marke mit der letzteren seine Waare bezeichnet habe, hinweggegangen ist, so geschah es ohne Zweifel aus dem Grunde, weil dem Beklagten der ältere Gebrauch der Marke auf Seite des Klägers bekannt, ihm deshalb auch — er bekümmerte sich nicht um das Register — dolus eventualis zur Last gelegt war, und weil ihm übrigens an einer Marke, die sich als nicht entsprechende Bekanntmachungs-Etiquette herausstellte — sie enthielt bekannte Kennzeichen der klägerischen Firma —, schon nach der Gewerbeordnung (§§ 44 und 49) ein Gebrauchsrecht (eine rechtliche Befugniss zur Bezeichnung von Gewerbserzeugnissen) nicht erwachsen konnte. Hätte die Marke eine andere Gestalt gehabt und hätte der Angeklagte bona fide gehandelt, so wäre wohl seine Einwendung der Berücksichtigung werth gewesen.

b) Das Gebrauchsrecht desjenigen, dem ein ausschliessliches Gebrauchsrecht an einer Marke auf Grund eines giltigen Registereintrages zusteht, können wir nach der Terminologie des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (§ 18) als erwerbliches, beziehungsweise erworbenes Recht bezeichnen.

Auch dieses Recht: das dem registrirten Markenbesitzer zustehende Gebrauchsrecht schlechtweg, kann durch Rechtsanmassung verletzt werden, nämlich durch ungerechte Untersagungshandlungen seitens eines prioritätsälteren Markenbesitzers. Dem Gestörten steht die Anmassungs- und Ersatzklage beim ordentlichen Richter, nicht eine Feststellungsklage zu.[117]) Denn eine Feststellungsklage (und dasselbe gilt von der Aufforderungsklage) setzt immer nur Rechtsbedrohung (vgl. oberstgerichtliche Judicatur zu § 19 a. b. G.-B.), die Negatorienklage aber immer Rechtsverletzung voraus.

Aber selbst, wenn sich die Untersagung gar nicht einmal bis zu einer rechtsverletzenden Anmassung steigert, wenn sie sich gar nicht an das Gericht oder aussergerichtlich an das Publicum wendet, sondern nur in einer gütlichen Abmahnung besteht, ist doch gegen den Prohibenten eine Feststellungsklage

---

[117]) Anderer Meinung für das Recht im Deutschen Reich, das aber die civilrechtliche Klage nicht beschränkt, Seligsohn, S. 125, Anm. 16.

weder an den Handelsminister, noch an den Civilrichter gegeben, weil durch diese beiden Instanzen der Anspruch nicht befriedigungsfähig, das Urtheil des Civilrichters ebenso wie jenes des Handelsministers für den Strafrichter nicht bindend ist.[118])

Dieselben Gründe stehen der Aufforderungsklage nach § 66 a. G.-O. entgegen: man kann kein ewiges Stillschweigen in Ansehung einer strafrechtlichen Verfolgung von Markendelicten auferlegen und gestaltet sich überdies der Fall so, dass der Besitzer aufgefordert werden solle, die Rechtmässigkeit seines Besitzes zu erweisen, so wäre diese Klage auch nach dem Hofdecrete vom 15. Jänner 1787, Nr. 621 J.-G.-S. unstatthaft.

[118]) Vgl. S. 62 und 93 f. Vgl. auch Wach, a. a. O. S. 55.

IV. Capitel.

Processhindernde Vorfragen im Markenstrafprocess.

In einem juristischen Thatbestande als Complex der für eine (gerichts- oder verwaltungsbehördliche) Cognition relevanten Thatmomente aufgefasst, können Thatsachen vorkommen, zu deren Feststellung eine juristische Construction erforderlich ist, die daher vor ihrer Feststellung Rechtsfragen sind.[119])

Die juristische Construction solcher Thatsachen wird nun in der Anwendung entweder eines auch auf den Gesammtthatbestand anzuwendenden oder eines Gesetzes liegen, das einem fremden Rechtsgebiete angehört.

Deshalb wird stets in der Jurisprudenz die Frage aufgeworfen, ob jene Behörde, welche ein privat- oder ein öffentlich-rechtliches Verhältniss oder einen strafbaren Thatbestand festzustellen berufen ist, alle Thatsachen, aus welchen sich der Gesammtthatbestand componirt, selbständig festzustellen, oder bei Feststellung derjenigen, deren juristische Construction die Anwendung eines fremden Rechtsgebietes erfordert, die Ent-

[119]) Jeder einzelnen Thatsache nämlich — und diese kann ja wieder aus mehreren einzelnen Thatmomenten zusammengesetzt sein — entspricht im Zeitpunkte vor ihrer Feststellung eine Frage, nämlich die Frage, ob etwas ist oder nicht ist, und je nachdem die Beantwortung dieser Frage von einer Beweiswürdigung oder von einer Subsumtion der einzelnen Thatmomente unter ein Gesetz abhängt, ist sie in ersterem Falle eine That-, im letzteren eine Rechtsfrage. Nicht immer wird dies richtig erkannt, wie manche Sprüche der Cassations- oder Revisionsgerichte beweisen.

scheidung einer anderen hiefür zuständigen Behörde zu Grunde zu legen hat.

Die Beantwortung dieser Frage bereitet — ungeachtet die Praxis oft im Dunkeln tappt[120]) — keine Schwierigkeiten, wenn schon das materielle Gesetz die judicirende Behörde an die Entscheidung einer anderen Behörde bindet. So auch im Strafrecht: setzt eine Strafnorm im Thatbestande einer strafbaren Handlung das Vorhandensein einer Entscheidung einer von der Strafbehörde verschiedenen (richterlichen oder Verwaltungs-) Behörde voraus,[121]) dann kann die Frage, ob der Strafrichter an die Entscheidung einer anderen Behörde gebunden ist, nicht erst auftauchen und ihre Regelung durch Processvorschriften ist nicht nothwendig.

Dasselbe trifft zu, wenn die Strafnorm auch ein formelles Recht schützt und dieses durch eine Entscheidung festgestellt ist. In diesem Falle kommt die Entscheidung als eine Rechte und Pflichten begründende Thatsache in Betracht, die dem Erkenntnisse des Strafrichters auch dann zu Grunde gelegt werden muss, wenn die Entscheidung selbst auf einer materiell unrichtigen Grundlage beruht.[122])

Das Vorhandensein einer Entscheidung von einer der angegebenen Arten steht jeder anderen Thatsache, deren Beurtheilung dem criminellen Rechtsgebiete angehört, vollkommen gleich. Sie ist zwar ebenso wie jede andere strafrechtlich relevante Thatsache vor Feststellung derselben eine Frage, welche für die Beurtheilung des Gesammtthatbestandes präjudicirlich und daher in diesem Sinne eine Vorfrage ist, sie

---

[120]) Glaser, Handbuch des Strafprocesses. II. Bd., Leipzig 1885, S. 89. »Es wird fast immer Verwirrung in diese Materie dadurch gebracht, dass eine Frage des materiellen Strafrechts unter einen formellen Gesichtspunkt gebracht wird.«

[121]) Vgl. Cass.-H. 2. Juli 1886, Samml. 945, wodurch die frühere abweichende Ansicht in dem Gutachten des obersten Gerichtshofes vom 26. November 1867, Z. 10406, strafr. Jud.-B. Nr. 20, betreffend die Anwendung der §§ 323 und 324 St.-G., die schon an sich zur Generalisirung nicht berechtigt hat, aufgegeben erscheint. Vgl. auch zur Auslegung des die privatrechtlichen Vorfragen betreffenden § 261, Deutsche Reichs-Strafprocess-Ordnung, Glaser, a. a. O. S. 94.

[122]) Cass.-H. 22. November 1884, Samml. 703.

ist aber keine Vorfrage im Sinne des **formellen** Strafrechtes.

Unter Vorfragen[123]) im Sinne des Strafprocessrechtes versteht man vielmehr Fragen, von deren Beurtheilung die Feststellung eines eine strafbare Handlung bedingenden gesetzlichen Merkmales, oder eines gesetzlichen Strafabstufungsgrundes — eines solchen im weiteren Sinne aufgefasst, so dass selbst Erschwerungs- und Milderungsgründe darunter fallen —, oder eines gesetzlichen Strafausschliessungs- oder Strafaufhebungsgrundes abhängt, die aber einem anderen als dem criminellen Rechtsgebiete angehören und bei deren Beurtheilung das materielle Strafgesetz den Richter nicht an den Ausspruch einer anderen Behörde bindet.

Nur zu diesen Vorfragen haben die Strafprocessgesetze die Stellung des Richters zu präcisiren, nur bezüglich dieser Vorfragen dem Strafrichter eine Richtschnur zu geben, ob er ohneweiters in die Beurtheilung derselben eingehen soll und wenn nicht, ob er eine Entscheidung der competenten fremden Behörde von amtswegen einholen, oder die Betheiligten zur Einholung derselben veranlassen kann oder muss, ob er durch einen darauf gerichteten Beschluss einer solchen fremden Entscheidung frei gegenübersteht, oder diese Entscheidung sich anzueignen gehalten ist.

Ist der Strafrichter nach dem auf den Straffall anzuwendenden Processgesetze nicht berechtigt, in die Beurtheilung einer zweifelhaften Vorfrage einzugehen, vielmehr verpflichtet, darüber den Ausspruch[124]) eines anderen Gerichtes oder einer anderen Behörde einzuholen, das strafgerichtliche Verfahren bis zum Herablangen dieses Ausspruches zu sistiren (auszusetzen)

---

[123]) Literatur siehe bei Glaser, Handbuch II, S. 86—87, und bei S. Mayer, Handbuch des österr. Strafprocessrechtes, II. Bd., Wien 1878, S. 33 ff. Vgl. auch John, Strafprocessordnung für das Deutsche Reich, Erlangen 1889, Bd. III, Erläuterungen zu § 261. Ueber die Entstehungsgeschichte des § 5, Str.-Pr.-O. siehe S. Mayer, Handbuch I/1, S. 354 ff.

[124]) Selbstverständlich den Ausspruch in toto: er kann nicht die thatsächlichen Grundlagen selbst feststellen und nur die Subsumtion, die rechtliche Erwägung der anderen Behörde, wenn sie nicht begutachtet, sondern entscheidet, überlassen.

und den letzteren seiner Entscheidung zu Grunde zu legen, so ist die Vorfrage eine processhindernde Vorfrage und mit diesem Ausdrucke werden wir stets der Kürze halber eine solche der Vorentscheidung einer anderen Behörde unterworfene Vorfrage auch dann bezeichnen, wenn dieselbe bereits entschieden (präjudicirt) ist und nur aus diesem Grunde eine Hemmung des Strafverfahrens nicht mehr erfordert.

Die österreichische Strafprocessordnung vom 23. Mai 1873 kennt nur Eine processhindernde Vorfrage, in Ansehung welcher das Strafgericht an das Erkenntniss des zuständigen Civilrichters gebunden ist: jene in Betreff der Giltigkeit einer Ehe (§ 5, Al. 3). Von dieser Ausnahmsbestimmung abgesehen, ist es ein feststehender Grundsatz des österreichischen Strafprocessrechtes, dass jedes zur Entscheidung einer Strafsache berufene Gericht berechtigt und verpflichtet ist, das Zutreffen oder Nichtzutreffen aller Momente eines strafbaren Thatbestandes selbständig zu prüfen, die bezüglichen Thatsachen frei und unabhängig zu würdigen und das Gesetz, unter welches dieselben zu subsumiren sind, selbständig anzuwenden (§§ 258—260 und 270, Z. 7, Str.-Pr.-O.).

Da § 5, Al. 1 und 2, Str.-Pr.-O. [125]) nur als eine Folgerung aus jenem allgemeinen Grundsatze anzusehen ist — die Nutzanwendung auf privatrechtliche Vorfragen erklärt sich in dieser Bestimmung aus der Absicht, an diese Regel die im Al. 3 normirte Ausnahme anzureihen —, so macht es auch grundsätzlich keinen Unterschied, ob die relevanten Fragen, von deren Beurtheilung die Feststellungen des Strafrichters abhängen, vom Straffalle abgesehen der Feststellung durch eine gerichtliche oder administrative Behörde unterliegen würden. [126])

Von dem Grundsatze, dass der Strafrichter auch Fragen des öffentlichen Rechtes, von deren Beurtheilung seine Ent-

[125]) »Die strafgerichtliche Untersuchung und Beurtheilung erstreckt sich auch auf die privatrechtlichen Vorfragen. An das über eine solche ergangene Erkenntniss des Civilrichters ist der Strafrichter, soweit es sich um die Beurtheilung der Strafbarkeit des Beschuldigten handelt, nicht gebunden.«

[126]) Vgl. Cass.-H. 2. Juli und 6. August 1886, Samml. 945 und 950, und 30. Mai 1891, J.-M.-Vdgs.-Bl. 653.

scheidung abhängt, selbständig zu lösen berufen ist, finden wir — soferne von den für die politische Strafbehörde gegebenen Normen der §§ 45 und 43 Priv.-G. und § 20 Must.-Sch.-G. abgesehen wird — eine einzige Ausnahme im § 30 M.-Sch.-G.

Die Bestimmung lautet:

»Ueber die Frage, ob Jemand das ausschliessliche Gebrauchs- »recht an einer Marke zustehe, sowie über die Priorität und »Uebertragung dieses Rechtes, ferner über die Frage, ob eine »registrirte Marke von einem Dritten für eine andere Gattung »von Waaren benützt werden könne (§ 7), erkennt der Handels- »minister.«

»Ergibt sich in einem der im § 23 bezeichneten Fälle »im Laufe des Strafverfahrens, dass die Entscheidung von einer »Vorfrage abhängt, über welche nach dem ersten Absatze der »Handelsminister zu erkennen berufen ist, so hat das Straf- »gericht unter Mittheilung der erforderlichen Belege an den »genannten Minister das Ersuchen wegen vorheriger Entschei- »dung dieser Frage zu richten und das Eintreffen derselben »abzuwarten.«

Mit Rücksicht auf diese Bestimmung und nach den in den ersten drei Capiteln dieser Schrift gewonnenen Resultaten sind folgende Fragen zu beantworten:

1. Wann erwächst den Processparteien im Markenstrafprocesse ein Rechtsanspruch darauf, dass der Entscheidung des Strafgerichtes ein Erkenntniss des Handelsministers zu Grunde gelegt, daher — wenn noch nicht existent — eingeholt und dieserwegen das strafgerichtliche Verfahren ausgesetzt werde?

2. Ist dieser processuale Rechtsanspruch der Parteien vom Strafgerichte amtswegig oder über Parteiantrag, und auf welchem Wege, wahrzunehmen?

3. Von welchem Zeitpunkte angefangen nimmt das sistirte strafgerichtliche Verfahren seinen Fortgang?

4. Mit welchen Rechtsfolgen ist eine Ausserachtlassung der Vorschriften des § 30, Al. 2, Str.-Pr.-O. behaftet: mit welchen Rechtsmitteln kann dagegen reagirt werden?

5. Welche Rechtsmittel sind gegeben, wenn sowohl das Gericht als auch der Handelsminister die Feststellung eines

Umstandes, von welchem die strafgerichtliche Entscheidung abhängt, ablehnt?

Ad 1. § 30, Al. 2, M.-Sch.-G. ist für eine »Entscheidung« des Strafrichters gegeben, daher nicht blos für das Endurtheil und die Hauptverhandlung, und nicht blos für die Beurtheilung der Strafbarkeit des Beschuldigten (vgl. § 5, Al. 2 Str.-Pr.-O.).

Die Parteien haben daher einen Rechtsanspruch auf Zugrundelegung, nöthigenfalls Einholung einer Vorentscheidung des Handelsministers, wenn was immer für eine Entscheidung des Gerichtes oder eines richterlichen Organes, mag sie sich Urtheil, Erkenntniss, Zwischenerkenntniss, Beschluss oder anders nennen, von einer der Entscheidung des Handelsministers unterworfenen Vorfrage abhängt.

Massgebend ist lediglich, dass für die Entscheidung des Strafrichters bei richtiger Anwendung des Gesetzes die Feststellung einer Thatsache nöthig ist, die kraft der Vorschrift des § 30, Al. 1 und 2, nur auf Grund eines Präjudicialerkenntnisses des Handelsministers festgestellt werden kann.

Die Thatsache, die als Vorfrage aufgeworfen werden soll, muss somit für die richterliche Entscheidung relevant, einer rechtlichen Beurtheilung noch bedürftig und so geartet sein, dass zu ihrer Feststellung nach § 30, Al. 1, nur der Handelsminister berufen ist.

Insbesondere wird bei der gesammten, auf die Erledigung einer Anklage nach den §§ 23 und 25 M.-Sch.-G. gerichteten Procedur die Bestimmung des zweiten Absatzes des § 30 nur dann anwendbar sein, wenn sich auf Grund des vorliegenden Processmaterials gegründete Bedenken dagegen ergeben, ob der Registereintrag, auf welchen der Privatkläger sein als verletzt behauptetes Markenrecht (das ausschliessliche Gebrauchsrecht) stützt, ein giltiger ist, beziehungsweise in der für die Strafbarkeit relevanten Zeit ein giltiger war, oder ob das giltige Markenrecht sich auf die mit der incriminirten Marke bezeichnete Waare erstreckt. Gegen die Giltigkeit des Registereintrages, auf den der Kläger sein ausschliessliches Markengebrauchsrecht, nicht auf den der Beschuldigte (Angeklagte) ein behauptetes Recht auf die incriminirte etwa gleichfalls zur Registrirung gebrachte Marke stützt, müssen sich Bedenken ergeben, wenn

eine Vorentscheidung des Handelsministers eingeholt oder eine auf dieses Verhältniss bezügliche bereits existente Entscheidung des Handelsministers der richterlichen Entscheidung zu Grunde gelegt werden soll.[127]

Denn ob die registrirte Marke des Beschuldigten (Angeklagten) die prioritätsältere oder die prioritätsjüngere ist: ihre Giltigkeit zu untersuchen ist nicht von der entferntesten processualen Relevanz.

Mag auch der Beschuldigte (Angeklagte) zur Erwerbung des Markenrechtes fähig, seine Marke von der Registrirung nicht ausgeschlossen sein, so verletzt sie doch das Markenrecht des Klägers, wenn die Voraussetzungen der §§ 23 und 25 M.-Sch.-G. zutreffen.

Aber auch in Ansehung des Erwerbstitels und der Erwerbungsart die Giltigkeit der incriminirten Marke, so wie sie im Register aufscheint, zu prüfen, liegt kein Anlass vor. Ist sie die prioritätsältere Marke, so steht gar nicht ihre Giltigkeit, sondern die Giltigkeit der jüngeren, der klägerischen Marke im Streite, deren Annullirung beim Handelsminister zu beantragen sein wird. Ist sie die prioritätsjüngere Marke, so kann wieder nur die Giltigkeit der in diesem Falle klägerischen: der prioritätsälteren Marke für die strafgerichtliche Entscheidung relevant sein, weil die Frage nach der Giltigkeit der jüngeren (der incriminirten) Marke gewiss nicht eine Vorfrage für ihre delictische Beschaffenheit ist. Die jüngere Marke ist delictisch, nicht weil sie ungiltig ist, sondern eher umgekehrt ungiltig, weil sie delictisch ist.

Es verhält sich, wenn man die Beziehung der prioritätsälteren klägerischen Marke zur prioritätsjüngeren Marke des Beklagten in Betracht zieht, einigermassen ähnlich, wie mit dem Verhältniss der ersten Ehe zur zweiten Ehe im Thatbestande des Verbrechens der zweifachen Ehe nach den §§ 206 und 207 St.-G. Auch in diesem Falle bildet nur die Giltigkeit der ersten, nicht die Giltigkeit der zweiten Ehe eine Vorfrage, von welcher die Entscheidung des Strafrichters abhängt (vgl. C.-H. 12. April 1880, Sammlg. 237), und es geht nicht an, dass bei unbestrittener

[127]) Anderer Meinung ohne Angabe von Gründen Schuloff, l. c. S. 221.

oder auch bei bestrittener Giltigkeit der ersten Ehe der Strafrichter das Verfahren zu dem Zwecke sistire, um die Entscheidung des Civilrichters über die Giltigkeit der zweiten Ehe einzuholen.

Ganz ebenso ist ein Antrag auf Einholung einer Vorentscheidung des Handelsministers über die Giltigkeit der incriminirten Marke als ein unstatthafter abzufertigen. Denn dass der Beschuldigte (Angeklagte) die incriminirte Marke hat registriren lassen, was ihm lediglich des Vormannes halber nicht verwehrt werden kann (§ 18 M.-Sch.-G.), vermag die Grenzlinien der Zuständigkeit zwischen der Gerichts- und Verwaltungsbehörde nicht zu verrücken, zumal es sonst in die Hand des Markenfälschers gelegt wäre, durch Eintragung des Marken-Plagiates im Markenregister die Beurtheilung der Markenähnlichkeit, also der delictischen Gestalt der Marke dem Richter zu entziehen und einer Verwaltungsbehörde (dem Handelsminister) zu unterwerfen.

Handelt es sich ja nicht um den Bestand des klägerischen Markenrechtes, der von keiner Seite angefochten ist, sondern um den objectiven Umfang desselben, durch welchen nach den massgebenden Behauptungen des Privatklägers die im Handel betretene Marke seines Gegners getroffen wird. Der selbständigen Prüfung dieses Umfanges darf sich der Richter nicht deshalb entziehen, weil die incriminirte Marke registrirt ist. Er darf nicht eine Entscheidung des Handelsministers einholen, der ein anderer Thatbestand als der massgebende zu Grunde liegt, und die eine andere Feststellung, als die für das strafgerichtliche Urtheil erforderliche, zum Gegenstande hat. Denn der Handelsminister vergleicht, wie schon bemerkt wurde, in der Regel die Marken nach dem Register,[128] der Strafrichter beurtheilt die incriminirte Marke nach der Erscheinungsform, in welcher sie thatsächlich auf der Waare aufscheint[129] und der

---

[128] Vgl. Eg. Hdls.-M. 17. Mai 1892, Z. 46303 ex 1891, Jur. Bl. Nr. 23 ex 1892, S. 270 ff.

[129] Zwischen der registrirten und benützten Marke können wesentliche Differenzen bestehen; auch kommen für die Beurtheilung eines Markeneingriffes adminiculirende Momente: Packung, Adjustirung, Verschnürung u. s. w. in Betracht, die das Handelsministerium nicht immer berücksichtigen kann.

Privatkläger erachtet sich nicht durch die Registrirung, sondern durch den Gebrauch der incriminirten Marke von Seite seines Gegners verletzt. Für seine Anklage und für das dieselbe erledigende Urtheil ist es nicht von Bedeutung, ob die incriminirte Marke im Register zu streichen, sondern ob ihr Gebrauch zu inhibiren und durch Strafe zu treffen sei. Nicht erst bedarf es daher der Rücksichtnahme auf den blos declarativen Charakter einer Markenregistrirung nach geltendem Gesetze (vgl. S. 51), um zu dem Resultate zu gelangen, dass die Eintragung einer prioritätsjüngeren Marke auch nicht ein provisorisches Recht creirt,[130] welches einen prioritätsälteren Markenbesitzer zwingen würde, den widerrechtlichen Eintrag zu vernichten, bevor er strafrechtliche Repression gegen Verletzung seines Markenrechtes zu Hilfe rufen kann.[131]

Bisher haben wir das Verhältniss zwischen der registrirten klägerischen und der für den Beschuldigten (Angeklagten) registrirten incriminirten Marke untersucht.

Wie aber, wenn der Beschuldigte (Angeklagte) sich zu seiner Entlastung auf das ältere Recht eines Dritten beruft, welches diesen berechtigen würde, wegen Identität oder täuschungsfähiger Aehnlichkeit mit seiner älteren Marke die Vernichtung der klägerischen Marke zu begehren?

Man muss unterscheiden, ob der Beschuldigte (Angeklagte) sich auf den Tertius als seinen Auctor in dem Sinne stützt, dass er von ihm die mit der incriminirten Marke versehene Waare erworben hat,[132] oder ob eine solche Beziehung zum Dritten nicht besteht.

Im letzteren Falle läge eine exceptio ex jure tertii in der eigentlichen Bedeutung dieses Begriffes vor, die nach den im I. Capitel im Abschnitte von den nichtigen Registereinträgen dargelegten Grundsätzen unstatthaft ist und daher das Substrat für eine vom Handelsminister zu entscheidende Vorfrage nicht

---

[130]) Vgl. Kohler, l. c. S. 360.

[131]) So auch C.-H. Plenar-Eg. 29. März 1893, J.-M.-Vdgs.-Bl. 901 ex 1893.

[132]) In einem anderen Sinne kann der Tertius nicht Auctor sein, da Licenzverhältnisse, wie im II. Capitel dieser Schrift nachgewiesen wurde, nicht als zulässig erachtet werden können.

abgeben kann. Im ersteren Falle muss principiell die Statthaftigkeit der Berufung auf das ältere Markenrecht des Auctors zugegeben werden.

Liegt nun der Fall so, dass der Beschuldigte (Angeklagte) den Bestand des klägerischen Markenrechtes gar nicht bestreitet, sondern sich nur auf volle Identität der incriminirten Marke mit einem in älterer Priorität seinem Auctor geschützten Zeichen beruft, dann wird der Strafrichter geradeso wie in dem Falle, wenn der Auctor selbst Belangter wäre und in dem gleichen Sinne seine Vertheidigung führen würde, einer Vorentscheidung des Handelsministers nicht bedürfen, weil damit nur ein Delictsmerkmal negirt wird, über welches der Strafrichter zu entscheiden hat: nämlich die unbefugte Bezeichnung der Waare.

Liegt aber nicht volle Identität vor, dann kann die Berufung auf das ältere Markenrecht des Auctors nur dann eine Relevanz beanspruchen, wenn das ausschliessliche Gebrauchsrecht des Eingriffsklägers wegen täuschungsfähiger Aehnlichkeit mit der prioritätsälteren Marke des Auctors bestritten wird. Grundsätzlich wird eine solche Bestreitung zur Einholung einer Vorentscheidung des Handelsministers Anlass geben, doch wird der Anspruch auf Einholung dieser Entscheidung nur ein prekärer sein, weil nach den an anderer Stelle bereits erörterten Grundsätzen, betreffend die Legitimationsfrage, ein beim Handelsminister gestellter Antrag des älteren Markenberechtigten auf Annullirung der jüngeren Marke unerlässliche Voraussetzung für die Entscheidung des Handelsministers wäre. Das Resultat, zu dem wir gelangen, mag kein durchaus befriedigendes sein, allein eine Remedur wäre nur im Gesetzgebungswege möglich.

Was endlich die Frage der Gleichartigkeit der Waaren nach § 7 M.-Sch.-G. betrifft, so wird ausnahmslos eine Vorentscheidung des Handelsministers eingeholt werden müssen, wenn sich der berechtigte Zweifel ergibt, ob sich das Markenrecht des Klägers auf die Waare des Beschuldigten (Angeklagten) erstreckt.

Somit gelangen wir in Beantwortung der Frage 1 zu folgendem Ergebnisse: Den Processparteien erwächst ein Rechtsanspruch auf eine Vorentscheidung des Handelsministers und

zu diesem Zwecke auf einstweilige Aussetzung des Strafverfahrens, wenn das klägerische Markenrecht aus einem der folgenden drei Gründe bestritten ist:

1. weil ein fähiges Subject, oder ein fähiges Object, oder ein giltiger Erwerbungsact fehlt, vorausgesetzt im letzten Falle, dass der Mangel den Antragsteller zur Anfechtung legitimirt,

2. weil das, obwohl giltig erworbene Markenrecht, ungeachtet dasselbe noch im Markenregister apparirt, aus einem gesetzlichen Erlöschungsgrunde in einem für die Strafbarkeit relevanten Zeitpunkte nicht mehr vorhanden war,

3. weil zu Unrecht das Markenrecht (das Untersagungsrecht) auf die Waare des Geklagten ausgedehnt wird.

In jedem dieser drei Fälle muss der Grund der Bestreitung einigermassen glaubhaft gemacht sein.

Um eine unrichtige Anwendung dieser Grundsätze zu vermeiden, wird der Strafrichter, sobald er zu einem Zweifel über den giltigen Bestand des klägerischen Markenrechtes angeregt wird, die materiellen Bestimmungen des (nicht criminellen) Markenrechtes so weit zu Rathe ziehen, als es erforderlich ist, um zu beurtheilen, ob der aufgeworfene Zweifel ein berechtigter sein kann.

Denn er wird sich gegenwärtig halten müssen, »dass die Anordnung des § 30, Al. 2, M.-Sch.-G. chicanöser Verschleppung von Rechtssachen zu dienen nicht bestimmt und der Richter sonach berechtigt und verpflichtet ist, die Sachlage zu prüfen und darin ausreichend nicht begründete Anträge zurückzuweisen« (C.-H. 29. März 1893, 3. Juli und 30. Mai 1891, J.-M.-Vdgs.-Bl. 991 ex 1893, 679 und 653 ex 1891).

Wird beispielsweise in Bezug auf das Object des Markenrechtes Freizeichenqualität nach § 3, Z. 3, M.-Sch.-G.[133]) behauptet, so wird der Richter prüfen, ob sich diese Behauptung auf die Marke des Klägers oder auf die Marke des Beschuldigten (Angeklagten) bezieht. In beiden Fällen wird er prüfen, ob nach

[133]) Ueber Freizeichen — obwohl in dem älteren Markenschutzgesetze für das Deutsche Reich der Begriff ein anderer war — vgl. v. Moellenhof, Freizeichen und Schutzzeichen nach dem Markenschutzgesetze vom 30. November 1874 in Busch's Archiv, 43. Bd., S. 169 f., vgl. auch Kohler, S. 185—191, Landgraf, S. 18—24, Seligsohn, S. 50—55.

der Behauptung schon vor der Registrirung der klägerischen Marke (Arg. §§ 2 und 3 M.-Sch.-G.)[134] »das Zeichen allgemein, also von einem nicht ziffermässig beschränktem Kreise von Producenten oder Händlern zur Bezeichnung der betreffenden Waarengattung gebraucht (wurde und noch gebraucht) wird **und** im inländischen[135] Verkehre als für diese Waare allgemein gebrauchtes Zeichen **bekannt** geworden ist« (Eg. Hdls.-M. 16. März 1892, Jur. Bl. Nr. 15 ex 1892)[136]. Ist diese Behauptung aufgestellt und glaubhaft gemacht, so wird der Strafrichter, soferne sich dieselbe auf die klägerische Marke bezieht, die Entscheidung des Handelsministers einholen. Anders wenn sich die Behauptung nur auf die Marke des Beschuldigten (Angeklagten) bezieht, wenn dieser etwa die Registrirungsfähigkeit der klägerischen Marke, die das Freizeichen als Bestandtheil enthält, unangefochten lässt und lediglich einwendet, dass die Benützung dieses für sich nicht schutzfähigen Bestandtheiles Niemandem versagt werden darf.[137]) In diesem Falle wird der Richter selbst in die Würdigung der angebotenen Beweise und in die Beurtheilung des Vertheidigungsgrundes eingehen, weil es sich nicht um einen bestrittenen Bestand des klägerischen Markenrechtes, worüber der Handelsminister entscheidet, sondern um ein Zeichen handelt, in dessen Gebrauche den Beschuldigten nöthigenfalls zu schützen der Richter berufen ist.[138])

---

[134]) Vgl. Eg. Hdls.-M. 4. Juni 1893, Z. 24148, Jur. Bl. ex 1893 Nr. 49, S. 581.

[135]) Vgl. Eg. Hdls.-M. 21. October 1893, Z. 44364, Jur. Bl. ex 1894 Nr. 13, S. 149.

[136]) Vgl. auch Deutsches Reichsgericht 19. October 1889 (Egen. in Civilsachen XXIV), S. 74—82, mitgetheilt von Kohler »Aus dem Patent- und Industrierecht«, II, Berlin 1891, S. 27: »dass zur Bildung eines Freizeichens die Thatsache allein nicht genügt, dass Mehrere oder Viele die Marke eines Anderen ohne Recht, wenn auch ungestraft, für ihre Waare benützt haben, hat das Reichsgericht bereits in seinem Urtheile vom 11. Jänner 1881, Civils., Bd. 3, S. 78, 81, ausgesprochen«.

[137]) Vgl. Reichsoberhandelsgericht Leipzig (I. Sen.) 10. December 1878 in Seuffert's Arch., Bd. 35, S. 241—243.

[138]) Oft handelt es sich um sogenannte Verlagsetiquetten, die schon seit langer Zeit von Druckereien oder Kunstanstalten den Producenten und Händlern zur Bezeichnung bestimmter Waaren beigestellt werden und die ein Gewerbetreibender mit allerlei Beigaben zu einer manchmal

Beachtenswerth wird ein nach § 30, Al. 2, gestellter Antrag sein, wenn die Marke des Klägers nur aus einem functionellen Zeichen besteht und aus diesem Grunde Freizeichen-Qualität behauptet wird. Wohl schliesst der Umstand allein, dass ein Gegenstand zu den Eigenschaften und der Verwendung einer bestimmten Waare in einer Beziehung steht, die Registrirung des bezüglichen Symbols als Marke und die Erwerbung eines Alleinrechtes zum Gebrauch dieser Marke nicht aus (Eg. Hdls.-M. in den Jur. Bl. ex 1894, Nr. 24, S. 280), eine principielle Regel wird sich aber nicht aufstellen lassen und die concreten Verhältnisse machen manchmal eine recht subtile Untersuchung nothwendig.

Steht im Markenstrafprocesse — um noch einige Beispiele anzureihen — die Frage zur Verhandlung, ob die Marke eine unstatthafte Wort- oder Wappenmarke ist (§ 3, Z. 2, und § 4 M.-Sch.-G.), so wird der Strafrichter der gegebenen Anregung um so grössere Unbefangenheit entgegenbringen müssen, als ihm klar sein muss, dass in dieser Beziehung die Marke schon bei ihrer Registrirung von der Marken- und Centralmarkenbehörde auf ihre Schutzfähigkeit geprüft wurde und in den meisten Fällen geprüft werden konnte. Er wird sich vor Augen halten, dass zur Erwerbung des Alleinrechtes eine Wortmarke nur dann nicht geeignet ist, wenn sie blos Wortmarke [139]) ist, wenn das Zeichen ausschliesslich in Worten besteht und eine Beigabe so gering ist, dass sie der Verkehr ohne besondere Aufmerksamkeit nicht beachtet (Analogie aus § 25 M.-Sch.-G.) und daher der Charakter eines »besonderen« Zeichens im Sinne des § 1 M.-Sch.-G. ausgeschlossen erscheint, dass dagegen Worte auch durch ihre Gruppirung, durch die Art und Weise, wie

sogar schutzfähigen Individualmarke gestaltet und sich registriren lässt. Dass übrigens Freizeichen auch dann von der Registrirung ausgeschlossen werden müssen, wenn sie nur mit nebensächlichen, den Totaleindruck nicht wesentlich alterirenden Beigaben — dasselbe muss auch von Aenderungen gelten — versehen sind, hat das Handelsministerium ausgesprochen mit Eg. vom 4. Juni 1893, Z. 24148, Jur. Bl. ex 1893, Nr. 49, S. 487. Ueber Freizeichen als Elemente von Marken vgl. Kohler, a. a. O. S. 192 ff., 200 ff.

[139]) Ueber Zahlen-, Buchstaben- und Wortmarken vgl. Kohler, S. 195—202.

sie zu einem Bild vereinigt werden, von Bedeutung sind und in dieser Composition zu einem schutzfähigen Zeichen gestaltet werden können.[140] Bei Beurtheilung, ob rücksichtlich einer Wappenmarke eine Vorentscheidung des Handelsministers einzuholen sei, wird in Betracht zu ziehen sein, ob die Erscheinungsform der Marke zu der Annahme, dass ein Staats- oder anderes öffentliches Wappen vorliege, mit einigem Schein berechtige (vgl. V.-G.-H. 18. December 1891, Budw. 6319, und 5. Mai 1892, Budw. 6586), oder ob nicht Privat- oder fingirte Wappen vorliegen, die schutzfähig sind.

Selbstverständlich wird der Richter zu der Anschauung, dass ein nicht ausreichend begründeter Antrag auf Anwendung des § 30, Al. 2, vorliege, nicht dadurch gelangen dürfen, dass er sich selbst die Auslegung einer zweifelhaften Bestimmung des materiellen Markenrechtes anmasst. Wenn z. B. die deceptive[141] Eigenschaft einer Marke in bildlichen Darstellungen gefunden werden will, während § 3, Z. 4, M.-Sch.-G von »Angaben« deceptiver Natur spricht, so wird er nicht ohneweiters die Anwendbarkeit dieser Gesetzesstelle auf bildliche Angaben ausschliessen,[142] sondern den Antrag, soferne derselbe sonst hinreichend begründet ist, berücksichtigen und die Entscheidung dem Handelsministerium überlassen.

Geht aber aus dem gestellten Antrage hervor, dass nicht eine deceptive Eigenschaft der Marke, sondern eine deceptive Benützung derselben behauptet wird, so wird er zwar diesen Fall, wenn er unter eine Strafbestimmung fällt, der entsprechenden Amtshandlung unterziehen, aber den Antrag auf Einholung einer Vorentscheidung des Handelsministers abweisen. Denn »die deceptive Qualität muss ohneweiters in der Marke liegen« (Kohler, S. 177).

---

[140]) Vgl. Reichsoberhandelsgericht Leipzig (I. Sen.) 29. September 1876, Seuffert's Arch., Bd. 32, S. 370, 371.

Vgl. auch V.-G.-H. 13. October 1893, Budw. 7450, und 11. November 1892, Budw. 6873.

[141]) Ueber deceptive Marken vgl. Kohler, S. 106 f., 170—177 — sehr anfechtbar S. 262, — vgl. auch S. 440, Seligsohn, S. 63—68. Vgl. insbesondere Feigl, S. 15 f.

[142]) Vgl. Seligsohn, S. 64.

Nach denselben Principien wird vorzugehen sein, wenn eine Darstellung oder Aufschrift sich nur mit Rücksicht auf den in dem betreffenden Strafprocesse hervortretenden concreten Fall als unsittlich oder Aergerniss erregend [143]) erweist, wenn ihr im Allgemeinen dieser Charakter gar nicht zukommt und somit nicht die Marke das Anstössige verschuldet.

Wir verzichten auf weitere Beispiele, weil dieselben zu weit führen.[144]) Zu untersuchen ist nur noch, ob neben dem Rechte der Processparteien noch ein Recht des Gerichtes auf Einholung einer Vorentscheidung des Handelsministers anzuerkennen ist.

Die Antwort ist mit der Hinweisung auf die Beantwortung der Frage 2 und dahin zu ertheilen, dass § 30 M.-Sch.-G. nicht ein unverbindliches Gutachten des Handelsministers zu verlangen gestattet, sondern unter den angegebenen Voraussetzungen eine Entscheidung desselben einzuholen gebietet. Ist der Strafrichter zur Einholung einer solchen Vorentscheidung nicht verpflichtet, so ist er dazu auch nicht berechtigt, weil die Strafprocessordnung den Richter zur selbständigen Ermittlung der materiellen Wahrheit zwingt und ihm nicht gestattet, der raschen Functionirung der Strafjustiz durch Incidenzprocesse, welche nicht ausdrücklich eine processuale Vorschrift anordnet — §§ 5, Al. 3, Str.-Pr.-O., und 30, Al. 2, M.-Sch.-G. sind streng auszulegende Ausnahmen [145]) —, Hemmnisse zu bereiten.[146])

---

[143]) Ueber sittenwidrige und Aergerniss erregende Marken vgl. Kohler, S. 169 und 315, Landgraf, S. 30—31, Feigl S. 14.

[144]) Wir wollen auch nicht tiefer eindringen in den Fall, wenn ein relativer Nichtigkeitsgrund mit Rücksicht auf § 32 M.-Sch.-G. und einen Staatsvertrag auf ausländisches Recht gestützt wird. Man denke an die Anfechtung einer für ein reichsdeutsches Unternehmen registrirten Marke, gegen welche bis zum 1. October 1895 in Deutschland eine dort nicht registrirte Marke ein Vorrecht nach § 9 des dortigen neuen Gesetzes erstreiten will. Auf Antrag des Besitzers der letzteren (hier Eingriffsbeklagten) wird die Vorentscheidung des Handelsministers einzuholen sein, obwohl dieser wohl grundsätzlich bis zur rechtskräftig erfolgten Austragung eines Löschungsstreites in Deutschland seiner Entscheidung nur den Stand des hierländischen Registers zu Grunde legen wird.

[145]) Cass.-H. 3. Juli 1891, J.-M.-Vdgs.-Bl. 679.

[146]) Cass.-H. 11. November 1889, Samml. 1314.

Ad 2. Der Strafrichter ist von amtswegen verpflichtet, die materielle Wahrheit zu erforschen. »Alle in dem Strafverfahren thätigen Behörden haben die zur Belastung und die zur Vertheidigung des Beschuldigten dienenden Umstände mit gleicher Sorgfalt zu berücksichtigen, und sie sind verpflichtet, den Beschuldigten, auch wo es nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, über seine Rechte zu belehren« (§ 3 Str.-Pr.-O.). Mit Recht verlangt in Consequenz dieses Grundsatzes der Strafprocessordnung § 30, Al. 2, M.-Sch.-G. nicht in allen Fällen eine Einwendung gegen den giltigen Bestand des klägerischen Markenrechtes oder gegen den behaupteten subjectiven Umfang desselben, sondern gebietet die Einholung der Vorentscheidung des Handelsministers schon dann, wenn sich »ergibt«, dass die richterliche Entscheidung von einer dem administrativen Präjudicialerkenntnisse unterworfenen Vorfrage abhänge. Andererseits darf die Sache nicht so aufgefasst werden, als ob mit diesem Ausdrucke intendirt war, das materielle Markenrecht für das Gebiet des Markenstrafprocesses abzuändern. Die Legitimationsfrage ist eine Frage des materiellen Rechtes und an dieses ist der Strafrichter gebunden. Daher kann § 30, Al. 2, nur so aufgefasst werden, dass der Strafrichter auf absolute Nichtigkeitsgründe von amtswegen, also auch dann, wenn sie von der Partei nicht geltend gemacht werden, Rücksicht zu nehmen hat, dass ihm aber, sofern dem klägerischen Markenrechte blos ein relativer, nur über Parteiantrag zu berücksichtigender Nichtigkeitsgrund im Wege steht — vgl. im I. Capitel die Abschnitte »Nichtige Registereinträge« und »Formelles Recht« —, im günstigsten Falle eine Belehrung des Beschuldigten (Angeklagten) über die ihm zustehende Einwendung der Markennichtigkeit obliegt. Diese Einwendung, wenn thatsächlich erhoben, vertritt dann die Stelle der Klage und nicht erst ist es Sache der Partei, eine solche Klage beim Handelsminister einzureichen oder sich über die erhobene Klage im Strafverfahren auszuweisen.

Denn anders und zweckmässiger als § 261 der Strafprocessordnung für das Deutsche Reich vom 1. Februar 1877, wonach den Betheiligten zur Erhebung einer Präjudicialklage beim competenten Richter eine Frist zu ertheilen ist, hat § 30, Al. 2, M.-Sch.-G. das Verfahren geregelt, damit die Dauer und

schliessliche Erledigung des Strafprocesses nicht von den Parteien abhängig gemacht werde. Das Gericht hat nämlich »unter Mittheilung der erforderlichen Belege an den Handelsminister das Ersuchen wegen Entscheidung der Vorfrage zu richten«, was selbstverständlich nicht ausschliesst, dass die Parteien sodann vom Handelsministerium zur Ergänzung ihrer Anträge und deren Begründung, soweit dies durch den Zweck der Entscheidung und die Grundsätze eines geregelten administrativen Verfahrens geboten erscheint, aufgefordert werden.

Ist aber etwa ein Verfahren beim Handelsminister in Betreff einer zu seiner Competenz gehörigen und für die strafgerichtliche Entscheidung in Wirklichkeit präjudiciellen Frage, einer Vorfrage im Sinne des Markenschutzgesetzes bereits anhängig, so wird auch in diesem Falle vom Strafgerichte das Handelsministerium um die Bekanntgabe der Entscheidung zu ersuchen und »nöthigenfalls« nach § 26 Str.-Pr.-O. »auf deren Beschleunigung zu dringen« sein (vgl. in letzterem Gesetze den analogen § 5 i. f.).

Ad 3. Mit dem Zeitpunkte, da die Entscheidung des Handelsministers beim Strafgerichte eintrifft und den Parteien zugestellt ist, haben dieselben grundsätzlich ein Recht, die Fortsetzung des strafgerichtlichen Verfahrens zu verlangen.

Es fragt sich, ob eine weitere Aussetzung des Verfahrens dann einzutreten hat, wenn die Entscheidung des Handelsministers durch Rechtsbeschwerde angefochten ist?

Selbstverständlich dann nicht, wenn die Entscheidung in den Fällen des Art. XV des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt durch Klage beim Civilgerichte angefochten ist; denn auch auf privatrechtliche Vorfragen erstreckt sich die strafgerichtliche Untersuchung und Beurtheilung (§ 5 Str.-Pr.-O.).

Wie aber wenn die Vorentscheidung durch Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof angefochten ist?

Die in der Plenarentscheidung des Obersten Gerichts- als Cassationshofes vom 29. März 1893, Z. 3587, J.-M.-Vdgs.-Bl. 901, vorkommende Bemerkung, »dass kein gesetzlicher Anhalt besteht, in Hinsicht des Aufschubes die Vorschrift des § 17 des Gesetzes vom 22. October 1875, R.-G.-Bl. ex 1876 Nr. 36, zu analoger Anwendung ohneweiters auch auf Fälle des § 30, Al. 2, M.-Sch.-G.

zu übertragen, in welchen dem Verurtheilten auch das Rechtsmittel des § 353 und die Begünstigung des § 401 Str.-Pr.-O. zu Gebote steht,« dürfte nach ihrer Stylisirung — verbum: »ohneweiters« — und mit Rücksicht auf den entschiedenen concreten Fall nicht als ein allgemeine Geltung beanspruchender principieller Rechtssatz aufzufassen sein.[147])

In jenem Falle, in welchem das Handelsministerium die Entscheidung einer zu seiner Zuständigkeit offenbar nicht gehörigen Frage ablehnte, konnte die Entscheidung des Cassationshofes gar nicht anders ausfallen. Es wird aber Fälle geben, in welchen eine analoge Anwendung des § 17 des citirten Gesetzes durchaus statthaft und am Platze sein wird, zumal dem Angeklagten durch eine Verurtheilung, welche mit Unrecht den Bestand des klägerischen Markenrechtes annimmt, zweifellos trotz der §§ 353 und 401 Str.-Pr.-O. ein »unwiederbringlicher Nachtheil« erwachsen würde.

Ad 4. Das Markenschutzgesetz enthält eine Bestimmung nicht, welche eine Ausserachtlassung der Vorschriften des § 30,

---

[147]) Bemerkenswerth ist allerdings auch die Eg. des Cass.-H. vom 3. Juli 1891, Z. 4694, J.-M.-Vdgs.-Bl. 679: »Der in der Thatsache der Registrirung begründete Schutz der Marke währt bis zu ihrer Löschung (§ 21 M.-Sch.-G.)«, und Cass.-H. vom 11. Jänner 1895, Z. 12879: »Durch die von der klagenden Firma erwirkte Registrirung ihrer Marke erscheint die Annahme ausgeschlossen, dass derartige Marken zur Bezeichnung von Feigenkaffee im Verkehr allgemein gebräuchlich sind (§ 3, Z. 3, M.-Sch.-G.).« Wollte damit angedeutet werden, dass, unbeschadet der nachträglichen Vernichtung des Waarenzeichens ex tunc, doch im Eingreifsstreite dem Angeklagten ein Einwand gegen die Giltigkeit des Zeichens, auch wenn ausreichend begründet, nicht zustehe, ein Standpunkt, auf welchem das neue deutsche Reichsgesetz zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 (§ 12 »die Eintragung hat die Wirkung«) zu stehen scheint — vgl. die Commentare —, so wäre dieser Standpunkt mit den Bestimmungen der §§ 30, 3, 19 u. a. unseres Markenschutzgesetzes nicht vereinbarlich und selbst de lege ferenda nicht zu empfehlen. Zweckmässiger wäre es, die Arbeitstheilung, die § 30 vorsieht, aufzugeben und die Entscheidung der Vorfragen dem mit der Entscheidung der Hauptsache befassten Richter anzuvertrauen. Uebrigens liegen die concreten Fälle, über die der Cassationshof erkannte, so, dass die obigen zwei Entscheidungen noch keine sicheren Schlüsse zulassen. Wird ja auch in der ersterwähnten Entscheidung darauf hingewiesen, dass der Antrag auf Einholung der Vorentscheidung des Handelsministers nicht ausreichend begründet war.

Al. 2, mit Nichtigkeit oder einer anderen Rechtsfolge bedrohen würde, und es ist daher auf die allgemeinen Grundsätze der Strafprocessordnung zurückzugehen.

Die Ausserachtlassung kann sich auf eine äusserliche Form beziehen, so beispielsweise darauf, dass nicht von Gerichtsseite eine Vorentscheidung eingeholt, sondern die Einholung einer solchen dem Beschuldigten (Angeklagten) aufgetragen wurde.

Die Verletzung einer solchen Förmlichkeit kann im Vorverfahren in derselben Art und mit denselben Wirkungen wie jede andere Verfügung angefochten, sonst nur durch einen Ausspruch nach § 292 Str.-Pr.-O. getroffen werden.

Die Ausserachtlassung kann aber auch das Innerliche der Sache treffen, die Entscheidung oder Verfügung kann mit einem internen Fehler behaftet sein, indem entweder zu Unrecht eine (zugleich materiell unrichtige) Entscheidung des Handelsministers der Entscheidung des Strafrichters zu Grunde gelegt, oder eine Thatsache, die eine nach § 30, Al. 2, M.-Sch.-G. qualificirte Vorfrage ist, nicht auf Grundlage einer Vorentscheidung des Handelsministers und ohne Einholung einer solchen festgestellt und der richterlichen Entscheidung zu Grunde gelegt wurde.

In diesen beiden Fällen kann die richterliche Entscheidung auf einer Verletzung oder unrichtigen Anwendung des materiellen Gesetzes beruhen und daher mit materieller Nichtigkeit behaftet sein.[148]) Derselbe Vorwurf kann die Anklage treffen. Dass nun weder im letzteren Falle bei Erledigung eines Einspruches der Gerichtshof zweiter Instanz, noch im ersteren über eine Beschwerde gegen das Endurtheil der Cassationshof eine

---

[148]) In Betreff des § 261, Abs. 2, der Deutschen R.-Str.-Pr.-O. äussert sich Glaser, a. a. O. S. 94: »Dass das Revisionsgericht ein Urtheil aufhebt, weil mit Unrecht der § 261, Abs. 2, nicht angewendet wurde, das muss man dann für zulässig halten, wenn das Revisionsgericht erkennt, dass dies auf unrichtiger Auffassung oder Anwendung des Gesetzes beruht.«

Erwägt man, dass die citirte Bestimmung den Strafrichter zur Einholung der Vorentscheidung einer anderen Behörde nur berechtigt, nicht verpflichtet, so muss man in Betreff der obligatorischen Bestimmung des § 30, Al. 2, M.-Sch.-G. unter der angegebenen Voraussetzung zu dem Resultate gelangen, dass Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung dieser Bestimmung Nichtigkeit begründen kann.

Vorentscheidung des Handelsministeriums einholen und das Einspruchs-, beziehungsweise Cassationsverfahren aussetzen darf, bedarf keiner Erörterung. [149]) Mit der Stellung des Gerichtshofes zweiter Instanz im Rechtsmittelsystem und mit dem Wesen einer Cassationsinstanz wäre ein solcher Vorgang des ersteren oder des obersten Gerichtshofes unvereinbar.

Der Gerichtshof zweiter Instanz müsste, je nach der Gestalt der Sache, entweder die Anklageschrift vorläufig zurückweisen (§ 211 Str.-Pr.-O.) oder — ein Fall, der sich nur sehr selten ereignen kann — einen Ausspruch nach § 213 Str.-Pr.-O. fällen. [150])

Was aber den Cassationshof betrifft, so wird es nicht erst nöthig sein, gegen ein auf unrichtiger Anwendung des materiellen Gesetzes beruhendes Endurtheil auf einem Umwege, nämlich auf Grund einer etwa aus den Gesichtspunkten der Absätze 4 oder 5 des § 281 Str.-Pr.-O. mit unterlaufenen Form verletzung [151]) Abhilfe zu suchen und zu gewähren: die Anwendung der Absätze 9, lit. *a* und *c* dieses Paragraphen wird zulässig sein.

Gegen rechtsirrthümliche, im Vorverfahren erflossene Entscheidungen wird sich die Anfechtung an das allgemeine Rechtsmittelsystem des Strafprocesses anschliessen.

Noch möchten wir des Falles gedenken, dass das Endurtheil des Strafrichters, welchem ein Präjudicat des Handelsministers vorausgegangen ist, dasselbe zwar berücksichtigt, aber mit seinem Inhalte im Widerspruch steht. Ist der Widerspruch ein formaler, so ist gegen das Urtheil die Nichtigkeitsbeschwerde aus § 281, Z. 5, Str.-Pr.-O. gegeben. Anders wenn das Strafgericht sich eine Prüfung der Richtigkeit der Vorentscheidung anmasst. In diesem Falle ist § 281, Z. 9, anzurufen. Dasselbe wird, sofern nicht der Nichtigkeitsgrund Z. 5 des § 281

---

[149]) Vgl. Glaser, a. a. O. S. 94.

[150]) Vgl. die bereits citirte Cass.-Entschdg. Nr. 901, J.-M.-Vdgs.-Bl. ex 1893.

[151]) Z. 2 des § 281 Str.-Pr.-O. dürfte gegen Verlesung einer Vorentscheidung, die nicht einzuholen war, nicht zutreffen, weil dieselbe wohl nicht als ein im Sinne **dieser** Gesetzesstelle nichtiger Voruntersuchungsact anzusehen sein wird.

Str.-Pr.-O. zutrifft, zu gelten haben, wenn eine unrichtige Schlussfolgerung aus der Vorentscheidung, eine unrichtige Auffassung derselben behauptet wird und der Fehler auf eine rechtsirrthümliche Auffassung zurückzuführen ist. Ausser diesen Fällen kann das beleidigte Recht nur in der Anwendung der §§ 33 und 292 oder des § 362 Str.-Pr.-O. Zuflucht suchen.

Ad 5. Art. 2, lit. *a*, des Staatsgrundgesetzes vom 21. December 1867, Nr. 143 R.-G.-Bl., verfügt: »Das Reichsgericht hat endgiltig zu entscheiden bei Competenzconflicten zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden über die Frage, ob eine Angelegenheit im Rechts- oder Verwaltungswege auszutragen ist, in den durch das Gesetz bestimmten Fällen.« § 14 des Gesetzes vom 18. April 1869, Nr. 44 R.-G.-Bl., erklärt zum Antrage auf Entscheidung eines negativen Competenzconflictes nur die betheiligte Partei für berechtigt. Diese beiden Gesetze nehmen die Strafgerichte nicht aus. Auch machen weder diese beiden Gesetze, noch die Verordnung des Gesammtministeriums vom 26. October 1869, Nr. 163 R.-G.-Bl. (Geschäftsordnung des k. k. Reichsgerichtes), eine vollständige Austragung der Angelegenheit im administrativen oder gerichtlichen Wege: eine Erschöpfung des Instanzenzuges zur Bedingung einer vor das Reichsgericht gehörigen Klage auf Beilegung des verneinenden Competenzconflictes (vgl. Reichsgesetz vom 14. Jänner 1884 und 21. Jänner 1889, Hye, 289 und 453).

Angesichts dieser Bestimmungen und bei dem Abgange einer abweichenden Norm des Markenschutzgesetzes kann behauptet werden, dass das Reichsgericht zur Entscheidung eines negativen Competenzconflictes auf Parteiantrag verpflichtet ist, wenn unter Berufung auf § 30 M.-Sch.-G. der Handelsminister und das Strafgericht die Entscheidung ablehnen.

Die praktische Verwirklichung dieses Principes wird in dem Rahmen der geltenden Strafprocessordnung, die einen Competenzconflict des Strafgerichtes mit anderen Behörden in Aussicht zu nehmen keinen Anlass hatte und die das »Verhältniss der Strafgerichte zu anderen Behörden« (§§ 24 bis 28) ganz anders auffasst, sich manchmal schwierig gestalten.

Es soll versucht werden, die Anwendung der angegebenen Vorschriften auf die Hauptfälle zur Darstellung zu bringen.

I. Die Bekanntgabe des Handelsministers an den Untersuchungsrichter oder an die Rathskammer, dass die Schöpfung eines Vorerkenntnisses abgelehnt werde, wird nach dem im § 91, Al. 2, Str.-Pr.-O. ausgesprochenen, blos präparatorischen Zwecke der Voruntersuchung dem Abschlusse der letzteren im Sinne des § 111 Str.-Pr.-O. nicht im Wege stehen. Wird nun die Voruntersuchung geschlossen, so ist zunächst ein Competenzconflict nicht vorhanden. Wohl aber bleibt es dem Beschuldigten unbenommen, im Wege des Einspruches gegen die Anklageschrift mit Rücksicht auf die mangelnde Vorentscheidung geltend zu machen, dass der Thatbestand noch nicht genügend aufgeklärt sei.

Weist in Folge dessen der Gerichtshof zweiter Instanz die Anklageschrift vorläufig zurück (§ 211 Str.-Pr.-O.), dann liegen allerdings die Voraussetzungen für den Antrag an das Reichsgericht auf Entscheidung eines negativen Competenzconflictes vor; doch müsste wohl der Ankläger im Hinblick auf §§ 46, Al. 3, und 352 i. f. innerhalb der ihm vom § 211, Al. 2, Str.-Pr.-O. gegönnten dreitägigen Frist den Antrag einbringen und sich hierüber beim Untersuchungsrichter ausweisen.

II. Sollte die Rathskammer nach § 109, Al. 2, oder der Gerichtshof zweiter Instanz nach § 213 Str.-Pr.-O. das Verfahren lediglich wegen Abganges der nach Ansicht des Gerichtes unerlässlichen Vorentscheidung des Handelsministers einstellen, dann läge sofort ein Fall des negativen Competenzconflictes vor, zu dessen Austragung dem Privatkläger nach § 352 Str.-Pr.-O. in Verbindung mit den §§ 531 und 532 Str.-G. und § 23 M.-Sch.-G. eine Frist von Einem Jahre seit Intimation des Einstellungsbeschlusses als dem Endpunkte der Verjährungsunterbrechung zu statten kommt.

III. Wesentlich ebenso gestaltet sich der Fall, wenn der erkennende Gerichtshof oder der Cassationshof lediglich wegen Abganges der Vorentscheidung im Sinne des § 259, Z. 3. Str.-Pr.-O. (»weil der Thatbestand nicht hergestellt ist«), ein freisprechendes Urtheil fällt. Hier ist § 355, Z. 2, St.-Pr.-O. anzuwenden.

In den ad II und III besprochenen Fällen gelangen die §§ 352 und 355 Str.-Pr.-O. entweder zur directen oder zur analogen Anwendung, je nachdem man das Erkenntniss des Reichs-

gerichtes, beziehungsweise die Vorentscheidung des Handelsministers als »neue Thatsache«, beziehungsweise »neues Beweismittel« oder nur als Analogon der ersteren oder des letzteren auffasst.[152])

In jenen Fällen, in welchen das Reichsgericht sich für die Zuständigkeit des Strafgerichtes ausspricht, könnte die Ansicht vertreten werden, dass das Strafverfahren »unabhängig von den Bedingungen und Förmlichkeiten der Wiederaufnahme« (vgl. § 363 Str.-Pr.-O.) wieder zu eröffnen sei. Denn Art. 4, Al. 2, des Staatsgrundgesetzes vom 21. December 1867, Nr. 143 R.-G.-Bl., gestattet dem Gerichte nicht, die Entscheidung einer vom Reichsgerichte an dasselbe verwiesenen Angelegenheit wegen Incompetenz abzulehnen. Da jedoch die für das Reichsgericht erlassenen Vorschriften nicht angeben, auf welchem Wege die Thätigkeit der als competent erklärten Behörde in Bewegung zu setzen ist, so sind hiefür wohl die für die betreffende Behörde geltenden Processvorschriften massgebend und dürfte daher die ad II und III versuchte Lösung die richtigere sein.

---

[152]) Vgl. über die Wiederaufnahme des Strafverfahrens auf Grund eines behördlichen Erkenntnisses Cass.-H. 29. März 1893, J.-M.-Vdgs.-Bl. ex 1893, Nr. 901.

Alphabetisches Register.

(Die Ziffern ohne Zusatz bedeuten die Seiten.)

A.

B.

G.

H.

I.

J.

K.

L.

W.

Z.



Von **demselben Verfasser** sind erschienen

in demselben Verlage:

Zur Reform des Erfinderrechtes, 1885.

34 Seiten. **50 kr.**

Der Schutz des Fabriks- und Geschäftsgeheimnisses, 1887.

44 Seiten. **60 kr.**

Gewerbsstörung durch Patentanmassung, ihre Abwehr nach österr. Recht. Ein Rechtsgutachten, 1892.

51 Seiten. **90 kr.**

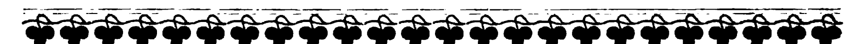
Die Patentreform in Oesterreich, nach den Vorentwürfen des k. k. Handelsministeriums, 1894.

131 Seiten. **1 fl. 50 kr.**

Im Verlage des Niederösterreichischen Gewerbe-Vereines, Wien:

Name, Firma und Marke, III. Theil: Die Marke, 1889.

23 Seiten. **40 kr.**



Druck von Friedrich Jasper in Wien







